

**U. N. A. M.**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO**  
**ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**  
**ARBITRAJE, MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN**

**DR. JOSÉ RICARDO FELIPE CAMPOS**  
**ÁLVAREZ TOSTADO**

**TUTORA:**  
**LIC. ELSA FONSECA LEAL**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

A MIS HIJOS: GIGIO Y NENA+.

A PATRICIO CAMPOS CHÁVEZ.

A MIS HERMANOS.

A LOS QUE SIEMPRE HAN CREÍDO EN MI.

.

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

MASC	Mecanismos Alternos Sobre Solución de Controversias.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
CONDUSEF	Comisión Nacional de Servicios de Protección a los Usuarios de los Servicios Financieros.
SAR	Seguro de Ahorro para el Retiro.
CNB	Comisión Nacional Bancaria.
UNCITRAL	Modelo de Conciliación Comercial Internacional.
CNSF	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
CNV	Comisión Nacional de Valores.
PROFECO	Procuraduría Federal del Consumidor.
CONAMED	Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
ALCA	Área de Libre Comercio para las Américas.
APEC	Mecanismo de Cooperación Asia – Pacífico.
ADR	Alternative Dispute Resolutions.

## ÍNDICE

<b>PREFACIO.....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>8</b>
1. ARBITRAJE.....	17
1.2 Historia y Definiciones del arbitraje.....	20
1.2.1 Lo jurídico del arbitraje .....	22
1.2.2 Concepción del arbitraje .....	24
2. TIPOS DE ARBITRAJE.....	28
2.1.- Clasificación del arbitraje .....	28
2.2.- Características del arbitraje .....	31
2.3.- Fines del arbitraje.....	32
2.4.- El procedimiento arbitral.....	34
2.5.- El laudo arbitral en México.....	36
3. EL PROCEDIMIENTO.....	42
3.1.- El acuerdo .....	42
3.2.- La caracterización .....	44
3.3.- La cláusula compromisoria.....	50
3.4.- El compromiso.....	54
4. EL LAUDO.....	62
4.1.- La ejecución.....	68
4.2.- Control Constitucional del Arbitro en México .....	71
4.3.- El Laudo Acto de Autoridad.....	72
4.4. Amparo contra la Conciliación.....	75

5.	OTROS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS..	76
6.	LAS APARENTES DIFERENCIAS ENTRE CONCILIACIÓN Y MEDIACION.....	78
7.	LEY MODELO SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL DE LA (UNCITRAL).....	84
7.1	Posible incorporación al derecho mexicano.....	84
7.2	La Ley Modelo.....	86
7.2.1	Generalidades.....	86
7.2.2	El Procedimiento.....	88
7.2.3	Admisibilidad de las pruebas en otros procedimientos..	90
7.2.4	Terminación y posible transacción .....	90
7.2.5	Procedimientos Arbitrales o Judiciales.....	91
8.	UN ACERCAMIENTO A LOS METODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC).....	96
8.1.-	Amparo contra la conciliación .....	97
9.	ESTUDIO DE CASO: CONAMED (Arbitraje Médico) .....	100
	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>106</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>108</b>

## PREFACIO

Muchos conflictos, en mi opinión, deberían ser resueltos fuera de los tribunales. Es cierto que una de las funciones fundamentales del Estado es la Judicial, que tiene como contenido esencial “decir el derecho” para la resolución de controversias, y que, en los términos del artículo 17 de nuestra Constitución Política, “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes,..”, pero no obstante esta garantía constitucional, se deben buscar medios más ágiles y funcionales para la solución que se busca, y esos medios son, precisamente, las posibilidades diferentes, o caminos alternativos para la solución de las controversias.

La solución de los asuntos en conflicto puede darse de muy diversas formas, ya sea por autocomposición o heterocomposición; pero cuando estamos en un Estado de Derecho, como el nuestro, los medios de autocomposición quedan fuera, para dar paso a las formas de heterocomposición, sobre todo buscando la mejor forma de gobernar, a fin de dar a cada quien lo que le corresponde.

Es cierto que la existencia de las instituciones públicas permite llevar nuestros litigios a los diferentes órganos, creados ex profeso para la solución de las controversias, y así los llevamos ante órganos del Estado, en una primera instancia, segunda instancia, amparo y, en ocasiones, hasta la Suprema Corte, de tal forma que son los abogados, formados con la mentalidad de resolución de diferencias, mediante la aplicación del Derecho y el razonamiento lógico-jurídico, quienes nos llevan a encontrar las soluciones. La formación de los abogados representa un gran proyecto de la Universidad, ya sea en la Facultad de Derecho, en el Posgrado, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Es lo que he visto en mis largos años de estudiante y académico universitario.

No obstante la función jurisdiccional y la gran estructura que para su desempeño ha creado el Estado mexicano, considero que muchos conflictos hay que resolverlos fuera de los tribunales. De acuerdo con esta idea, en la presente tesina hago el planteamiento de los métodos, o caminos diferentes para la resolución de las controversias, que dentro de la doctrina se ha identificado como **Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC)**.

Esos caminos, métodos o medios alternativos han sido identificados como el arbitraje, la conciliación y la mediación, tres formas diferentes para buscar la solución, que además tienen una aceptación y tratamiento diferente en cada caso; unos, como el arbitraje, se ha desarrollado ampliamente en el campo de los negocios, y particularmente en el ámbito comercial, lo que ha traído como consecuencia una mayor evolución, tanto teórica como práctica, por lo que en el campo doctrinario encontramos mucho más estudios sobre él. Mi interés por la forma alterna de solución de los conflictos me ha llevado al análisis de los medios que la teoría y la práctica reconocen, por lo que aquí se plantea la importancia que ellos tienen, y la conveniencia de su utilización, siempre como mecanismos alternativos, lo cual finalmente se concreta y se ejemplifica con un caso concreto en materia de arbitraje médico. En la Especialidad en Derecho Administrativo me he encontrado algunos enfoques tendientes a la utilización de este mecanismo, y algunos profesores lo llevan al aula como parte de sus inquietudes, los abogados predicán con disciplina y con un sentimiento de servicio impecable.

Después de 25 años de impartir clase en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, tanto en la Licenciatura como en el Posgrado, hoy puedo externar que mi experiencia en el Posgrado de Derecho ha sido muy aleccionadora al encontrar personajes abiertos a la amistad y a la transmisión del conocimiento; a ellos mi agradecimiento y mi reconocimiento.

¡Fue una buena experiencia!

DR. RICARDO CAMPOS A. T.



## INTRODUCCIÓN

Cuando en su búsqueda de soluciones el ser humano dejó de ver al cielo, encontró diversas formas para resolver sus conflictos entre sus semejantes, ya sea entre ellos mismos, sin la intervención de alguna autoridad, a través de acuerdos de voluntades, con la redacción de cláusulas redactadas por ellos, a las que se sometían por propia voluntad, o mediante la intervención de un tercero ajeno e imparcial, ya sea tratando de avenir a las partes en una amigable composición, o sujetándose a la decisión de un juez no profesional, conocido como árbitro. Así encontramos los dos caminos para la de solución de conflictos: La Autocomposición y la Heterocomposición.

Como formas de autocomposición los tratadistas identifican el desistimiento, el perdón del ofendido, el allanamiento y la transacción; como formas heterocompositivas fundamentalmente se han identificado la mediación, la conciliación y el arbitraje\*. Con el presente estudio pretendo analizar las formas alternativas de solución de conflictos de naturaleza heterocompositiva, a fin de establecer la ventaja de su utilización, fundamentalmente en lo que se refiere al arbitraje, ya que con él se avanzará positivamente en la solución de las controversias entre los particulares.

Respecto del arbitraje, la Dra. Reyna Franco Ortiz<sup>1</sup> nos dice que tiene raíces, incluso en la prehistoria, además de que dicha institución tiene antecedentes en diversas legislaciones... *tal es el caso de Roma, donde era permisible únicamente para litigios presentes y no para futuros, y los tribunales romanos no podían ejecutar el laudo que se dictara, y fue sólo hasta Justiniano cuando se hizo posible, a condición que fuese aceptado por las partes por escrito y que no hubiera oposición al respecto. En Alemania, puede decirse que se permitía el arbitraje, ya que la actividad que realizaba el pueblo era... preponderantemente comercial y los comerciantes podían resolver sus propios conflictos aplicando las normas de Derecho común no legislado, fue así que durante los siglos VII y VIII el arbitraje*

---

<sup>1</sup> Franco Ortiz, Reyna, Del fortalecimiento de la profesión jurídica y la salvaguarda del estado de derecho, SUAED, Facultad de Derecho, UNAM, México 2008.

\* Ovalle Fabela, José, "Teoría General del Proceso", Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, 2ª edición, 1994, ps. 14, 15.

*prácticamente desapareció y fue hasta el Código Bávaro de 1753 y el de Prusia de 1794 que se reglamentó el arbitraje con algunas restricciones, como la de no someter al arbitrio cuestiones futuras, y es hasta el año de 1877 con el Código de Procedimientos Civiles en que se autorizó el arbitraje para litigios futuros, incluso se autorizó a los tribunales judiciales para designar árbitros. Caso contrario sucedió en Inglaterra, que en el año de 1698 aprobó la primera ley sobre arbitraje, la que prohibía revocar el acuerdo arbitral, con la consecuente laguna de ley que no estableció la prohibición de revocar el nombramiento del árbitro, de manera que revocado éste prácticamente no había proceso arbitral, esta legislación es punto primordial de partida para entender el arbitraje como figura jurídica pues incluso en 1854 The common law procedure act, estableció que los tribunales tendrían que sobreseer cualquier procedimiento que impidiera la ejecución de un acuerdo arbitral, y la ley de 1889, robustece ampliamente el acuerdo arbitral, a manera de ejemplo únicamente la Condon Corn Trade Association hasta antes de la Segunda Guerra Mundial resolvió más de 20,000 litigios por año. En Estados Unidos de América, el acuerdo arbitral ha sido confuso pues la regla de revocabilidad estuvo vigente hasta 1920 para litigios presentes, no así para los futuros y es hasta el año de 1926 con la Ley de Arbitraje que se consolida el arbitraje en el interior, y en la actualidad, el arbitraje se estudia de dos vertientes, el regulado por el Common Law para el arbitraje del interior y el regulado por la codificación que viene a ser el arbitraje comercial internacional con algunas adiciones que han tomado de los acuerdos internacionales y que lleva a concebir la intervención que Estados Unidos tiene en asuntos comerciales internacionales.*

*El compromiso arbitral para la aplicación del convenio puede celebrarse por escrito ante fedatario público, por escritura privada o ante una autoridad judicial debiendo designarse el negocio o negocios que se sujeten al juicio arbitral y el nombre de los árbitros. En materia civil el compromiso termina con la muerte del árbitro si no tuviere sustituto cuando hubiere sido designado por las partes, por excusa del árbitro, por recusación con causa, o porque el nombramiento haya recaído en cualquier funcionario de la administración de justicia y por la expiración del plazo estipulado o del legal.*

*Tiene como característica que es un procedimiento privado en razón de lo convencional estableciendo una relación jurídica triangular en el que el árbitro es el vértice principal, con*

*facultades de mediación, conciliación, transaccional internacional, del derecho interno legislativo y del Jus Mercatorum que Jorge Alberto Silva enumera de la siguiente manera: “Derecho convencional internacional.”*

- 1. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.*
- 2. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.*
- 3. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros.*
- 4. Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil.*
- 5. Codificación interna.*

- 1) Código de Comercio*
- 2) Código Federal de Procedimientos Civiles*
- 3) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*
- 4) Código de Procedimientos Civiles para cada entidad federativa, los Mercatorum.*

*En el arbitraje internacional debe existir un convenio arbitral el que se rige por las reglas generales de los contratos y las específicas del arbitraje, en donde el consentimiento de las partes es base fundamental para la existencia del convenio arbitral, y en todas las cuestiones litigiosas que surgen de las relaciones jurídicas, sean o no contractuales, en los casos en que dichas relaciones se encuentran dentro de la libre disposición de los contratantes siempre que sean determinadas, sin que pueda someterse al arbitraje cuestiones futuras, pues ello equivaldría a renunciar al derecho de tutela judicial reconocido por la Constitución. Su forma esencialmente es escrita necesariamente para la existencia del convenio mismo, pues a falta de ésta el contrato resulta nulo, sin que se exija determinado criterio respecto de la formalización, pudiéndose constituir por cualquier medio de comunicación, tales como fax, telegrama, internet, etc., siempre que exista constancia de la voluntad de las partes de someterse al convenio arbitral.*

*El convenio debe contener la voluntad inequívoca de las partes, la determinación de la cuestión litigiosa, que constituye el objeto del arbitraje, incluso debe contener si la decisión de los árbitros será con arreglo a derecho o equidad y si las partes optaron expresamente por este último los árbitros resolverán en equidad, con excepción cuando se trate de una corporación o asociación pues en este caso deberá sujetarse a lo que resulte de su reglamento interno. Asimismo las partes tienen la libertad de designar a los árbitros y las reglas del procedimiento en cualquier momento, previo o posterior, a su decisión de someterse al convenio arbitral, mediante acuerdos complementarios, y los árbitros serán nombrados de acuerdo al reglamento de las corporaciones, asociaciones y entidades que se sometan al convenio arbitral y sus diferencias podrán supeditarse a un tercero que podrá ser persona física o jurídica.*

#### **ANTECEDENTES EN MÉXICO DE CONVENIOS Y TRATADOS.**

*A partir de 1832 el gobierno francés presenta al gobierno mexicano reclamaciones por atropellos de los que fueron víctimas sus nacionales, exigiendo indemnizaciones por actos cometidos por las autoridades en forma de empréstitos, denegación de justicia, violencia y arbitrariedad militar por lo que hacia el año de 1834 se suscribió un convenio provisional de comercio, es éste el primer antecedente de convenio dentro del arbitraje internacional en nuestro país, no obstante que desde 1827 ya se habían hecho algunas declaraciones que no fueron aprobadas por el Congreso, como tampoco lo fueron el Tratado de Conciliación de Intereses de 13 de marzo de 1831 ni el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de fecha 15 de octubre de 1832, controversias que fueron resueltas por el laudo firmado por la reina de la Gran Bretaña de fecha 1º de agosto de 1844 el que en relación con los buques mercantes apresados decía textualmente “Opinamos que después de la salida de México del Plenipotenciario de Francia y la notificación con que acompañó ese acto, al que siguieron, por parte de los franceses, las operaciones hostiles contra la fortaleza de San Juan de Ulúa y la escuadra mexicana, y por la del gobierno de México, la efectiva declaración de guerra y la expulsión de súbditos franceses del territorio de la República los dos países estaban en un estado de guerra, cuya existencia se reconoce por el contexto del tratado y de la convención y por consiguiente, que Francia no está obligada a restituir ni dar*

*compensación por los buques mencionados en el tratado, ni por los buques ni cargamentos comprendidos en el artículo II de la convención”.*

*“Tocante al segundo punto citado en el artículo II del Tratado, somos de dictamen que, ni los súbditos franceses ni los mexicanos tienen derecho a indemnización alguna, quedando justificados los actos de ambos países con las hostilidades existentes entre ellos<sup>2</sup>.*

*A través de más de una centuria se dirimió el asunto de “El Chamizal” que hubo de resolverse por varios tratados y de acuerdo a las convenciones entre los Estados Unidos de Norteamérica y nuestro país fundándose siempre en el Derecho Internacional. Este territorio pertenecía inicialmente a México por encontrarse al lado sur del Río Bravo cuando entraron en vigor los Tratados de Guadalupe-Hidalgo y la Mesilla en 1848 y 1853, sin embargo, el aluvión que dio margen a que “El Chamizal” quedara en territorio norteamericano dio una base jurídica que contempló las formas jurídicas desde la legislación romana conocida como aluvión, la avulsión, la formación de islas y cambio de lechos, pasando por convenciones como la de 1884 y la existencia de una comisión internacional de límites que tendría, entre otras la obligación de examinar a solicitud de cualquiera de los comisionados las alteraciones pluviales que ocurrieran comparando el cauce entre los planos y el cambio derivado de la avulsión, pero como señala Antonio Gómez Robledo “No era, como se ve, el arbitraje obligatorio en todo el rigor de la expresión, pero sí, por lo menos, el compromiso de considerar maduramente y en espíritu de paz y de buena voluntad” como dice también el artículo citado, el recurso de de este procedimiento. De hecho, esta provisión bastó en el caso de “El Chamizal”<sup>3</sup>. Controversia que concluyó en el año de 1963 con la devolución de “El Chamizal” a nuestro país.*

*Otras controversias que dieron lugar al arbitraje internacional con nuestro país son: las reclamaciones de mexicanos y guatemaltecos contra actos de autoridades de los dos países en el año de 1888, daños causados a mexicanos por Guatemala en el año de 1895, lo constituyen también el caso Oberlander Messenger contra México en 1897, revisión del primer laudo sobre el Fondo Piadoso de las Californias en 1902, crédito mexicano contra*

---

<sup>2</sup> Citado por Zorrilla Luis G. , *Los casos de México en el arbitraje internacional*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, p. 26.

<sup>3</sup> Robledo Gómez Antonio, *México y el arbitraje internacional*, 2ª. Ed., Porrúa, S.A., México, 1994, p. 183.

*Venezuela en 1903, prioridad de créditos contra Venezuela en 1903, Soberanía sobre la isla Pasión o Cliperton reclamada por Francia en 1909, reclamaciones de mexicanos y norteamericanos contra actos de autoridades de los dos países en el año de 1923, reclamaciones de extranjeros contra México por actos de revolucionarios entre 1910-1920, así como diversas reclamaciones contra México de norteamericanos en 1923, de franceses en 1924 de alemanes en 1925, de españoles e ingleses en el mismo año, de italianos en 1927 y de belgas en el mismo año.*

*El arbitraje tuvo su época de mayor brillo en el siglo pasado y principios del presente, sin embargo, en la época actual se ha vuelto a la práctica de buscar soluciones políticas y no jurídicas a los problemas de los pueblos, lo que ha hecho que se fortalezcan la Organización de las Naciones Unidas, el Tribunal Permanente de Arbitraje y los Tribunales de la Corte de Justicia Internacional establecidos en La Haya, al respecto, México ha suscrito diecinueve tratados de arbitraje los que han cumplido su objeto, e incluso se han firmado algunos otros que no han tenido aplicación práctica dado que no surgieron conflictos durante su vigencia, debiéndose señalar que existen otros tratados que tienen vigencia indefinida.*

## **LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

*Conjuntamente a la Constitución General de la República los tratados internacionales tienen carácter forzoso para aplicarse en el país, según lo establece el artículo 133 que señala que además de la Carta Magna las leyes del Congreso de la Unión también los tratados que celebre el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley suprema en toda la Unión, de esa forma encontramos que el Tratado Internacional que está acorde con la Constitución se debe considerar por encima de disposiciones emitidas por los Estados de la Federación, al efecto Antonio Gómez Robledo nos expresa que “Ahora bien, esa reforma podrá haber tenido cierta utilidad práctica en cuanto que libera al juez mexicano (a éste se dirige, en efecto, el precepto constitucional segura) de la perplejidad en que podía encontrarse al tener que aplicar un tratado contrario a la Constitución, o, por el contrario, esta misma altura en cambio tiene el juez una norma para su decisión. Pero con reforma o sin reforma, no hemos sabido nunca que ninguno de*

*nuestros constitucionalistas haya sostenido en ningún tiempo la peregrina idea de que el presidente de la República pudiera celebrar tratados contrarios a la Constitución, como si, por ejemplo, un tratado de los prohibidos en el artículo 15 hubiera podido ser Ley suprema de la Unión antes de la reforma constitucional de 1934<sup>4</sup>.*

*La práctica comercial busca una competencia eficaz dentro de restricciones de competencia con la implantación de condiciones diferentes, que priven ante todo el efecto lesivo de la competencia con el establecimiento de objetos ambivalentes, o sea, aquellos en los que el objeto es lícito y sus efectos son prohibidos por los acuerdos comerciales. Ante este tipo de problemas han surgido normas jurídicas que se aplican a la contratación internacional en las diferentes materias tanto de compraventa, contratos de distribuciones sobre propiedad industrial, transporte internacional de mercancías, contratos bancarios, comerciales ya no solamente entre países, sino aun entre regiones. Ante esta gama de actos jurídicos es lógico y normal que surjan controversias que se van a regir por el arbitraje comercial internacional, y en el presente trabajo se pretende tocar la solución de conflictos mediante arbitraje, abarcando temas tan extensos como la nacionalidad la extranjería y la internacionalidad, el arbitraje, los convenios, el procedimiento arbitral, los laudos arbitrales y sus recursos. Al respecto el maestro Briseño Sierra nos dice en relación con la convención de Nueva York de 1958 que “Dicha convención se refiere al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras fue aprobada por México según publicación aparecida en el Diario Oficial de la Federación del veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno... Naturalmente, las condiciones de orden público que menciona la convención para obstaculizar el reconocimiento del laudo extranjero, son las mismas de las leyes mexicanas y nada nuevo se puede agregar al respecto<sup>5</sup>.*

*Su aplicación en los conflictos comerciales que surgen cotidianamente entre dos o más partes, hace que su reglamentación tenga que actualizarse permanentemente con el concurso de los interesados, quienes lo hacen a través de sus respectivos gobiernos, por medio de los tratados que se firman, la mayoría de las veces de manera multilateral, para establecer normas generales de comercio y dentro de éstas el tipo de arbitraje a que se sujetarán las controversias, claro ejemplo de ello lo encontramos en el Tratado de Libre*

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 287.

<sup>5</sup> Briseño Sierra, Humberto *El arbitraje comercial*, Ed. Limusa, 1ª. Ed., México, 1979, p. 50.

*Comercio de América del Norte, que entró en vigor en enero de 1994, suscrito por los gobiernos de Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y México, mismo que en el capítulo vigésimo establece las disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias, mediante una cooperación mutua para llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del propio tratado, buscando antes del procedimiento controversial alcanzar una solución “mutuamente satisfactoria”, como se lee en el artículo 2003 de dicho documento, que sin embargo, es una de las formas de solución legalmente establecidas y que por ende validada y obligatoria a las partes, lo que reafirma la consideración que arriba se menciona respecto de la naturaleza del arbitraje internacional.*

*México ha firmado tratados y convenciones con diversos países, con Francia en 1834, 1839, 1909, 1924, 1928; Estados Unidos de Norteamérica en 1839, 1848, 1853, 1868, 1902, 1909, 1910, 1923, 1929, y el TLC conjuntamente con Canadá en 1993, con Guatemala en 1888, 1895 y en general con España, Venezuela, Italia, Alemania, Brasil, Colombia, Bélgica.*

*Como antecedente del ya mencionado Tratado de Libre Comercio de América del Norte, es pertinente mencionar que ya en 1921, los Estados Unidos, no obstante que no había relaciones entre México y ese país, sugirió que se celebrara un convenio para crear la Comisión Mixta de Reclamaciones que estudiara las que se habían motivado por los perjuicios causados durante la época revolucionaria a los ciudadanos norteamericanos, proposición a la que México respondió que solamente si se reanudaban las relaciones diplomáticas entre ambos, por lo que se dio lugar a las conferencias de Bucareli de la Ciudad de México, y que en el fondo dieron marcha atrás con los Tratados de la Huerta-Lamont, y con la retroactividad del artículo 27 constitucional, creando de la misma forma las comisiones mixtas de reclamación que incluían extranjeros en lugar de la Comisión Nacional de Reclamaciones establecida por Madero y formada por mexicanos, conferencias que culminaron con el reconocimiento del régimen de Álvaro Obregón y con las reanudación de relaciones diplomáticas entre los dos países. De las quejas presentadas durante el año que se concedió para ello y que deberían de haberse resuelto en un plazo de tres años, tenemos que en 1931 la Comisión General de Reclamaciones México-Americana presentaba el siguiente informe: reclamaciones americanas 2,781, por un monto*



*de \$513,694,267.17, de las que 50 fueron desechadas o no admitidas, y se habían dictado 89 resoluciones por un monto de \$4,607,926.59. Reclamaciones mexicanas 836, por un monto de \$246,158,395.32, de las que 4 fueron desechadas o no admitidas y se habían dictado 5 resoluciones por un monto de \$39,000.00. por lo que hace a la Comisión Especial de Reclamaciones México-Americana, en el mismo periodo tenía 3,176 reclamaciones por un monto de \$431,300,132.41, de las que 18 fueron rechazadas y ninguna resolución.*

*Otros antecedentes importantes en las relaciones México-Americana en materia de tratados en el presente siglo son "El Chamizal" y el "Fondo Piadoso", aquél que se deriva de la desviación del curso del Río Bravo, lo que dio origen a que el territorio mexicano quedara dentro del de Estados Unidos, sosteniendo el gobierno mexicano que el movimiento brusco del río hacia el sur en 1864 fue un cambio abrupto y repentino de la corriente, no un cambio por erosión, por consiguiente no se debería de perder ese territorio, por lo que al llevarse a arbitraje internacional, un árbitro canadiense, El Fleur, resolvió que alrededor de un tercio de "El Chamizal" pertenecía a los Estados Unidos y el resto a nuestro país, resolución que no fue aceptada por Estados Unidos y (el Fondo Piadoso que se generó cuando los jesuitas fueron expulsados de México en 1767. El Fondo Piadoso de las Californias había sido puesto a su disposición para la misión en Baja California, pasó a ser propiedad del virreinato). La situación se complicó cuando los Estados Unidos se apoderaron de California, insistiendo México en que los Estados Unidos lo deberían de reemplazar con relación a los derechos y obligaciones hacia California. Pero en el caso del fondo, el Tribunal de La Haya resolvió en 1902 que México debía cubrir los pagos atrasados y pagar \$45,051 anualmente.*

## 1.- EL ARBITRAJE

El arbitraje considera que dos o más individuos acuerdan someter sus conflictos y diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. Tales son las normas mínimas de la figura llamada arbitraje, o por lo menos, puede decirse que sobre ellas coinciden las descripciones generales,<sup>6</sup> y aún figuras como el juicio mercantil convencional mexicano e internacional.

Históricamente, el arbitraje se ubica en tiempos anteriores al juzgamiento de la autoridad pública,<sup>7</sup> lo que no deja de ser inexplicable hasta cierto punto, sea porque el ejemplo de Jacob y Lavan,<sup>8</sup> calificable de arbitraje privado, vale contrastar el conflicto relativo a la sucesión del trono de Darío, resuelto por Artanes a favor de Jerjes, sea porque la clásica crónica de Jenofonte refiere la controversia resuelta por un príncipe de la India, en materia que debe suponerse internacional, como la surgida entre Ciro y el rey de Asiria.<sup>9</sup> El arbitraje, que puede contemplarse tanto en el Derecho internacional como en el procesal, alcanza amplio desarrollo en Grecia y en Roma, si bien los internacionalistas prefieren arrancar del Tratado general de amistad, comercio y navegación, comúnmente llamado "Tratado Jay", celebrado entre el Reino Unido y los Estados Unidos en 1784, por cuanto representa la iniciación del moderno arbitraje internacional, después de un período de más de un siglo en que su práctica cayó en desuso.<sup>10</sup>

Por su parte, los procesalistas asumen actitud semejante al limitar el examen histórico a los antecedentes nacionales, como en el caso de la doctrina francesa que invoca apenas el edicto de Francisco II de agosto de 1860 que impone el arbitraje para dirimir las diferencias entre comerciantes, las demandas de partición o las cuentas de tutela y administración.<sup>11</sup> También en la legislación interna se han conocido reacciones contrarias a la institución, bien sea aboliendo el arbitraje voluntario o atacando jurisprudencialmente la cláusula

---

<sup>6</sup> *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Texto oficial, SECOFI, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1993, pp. 1099-1100.

<sup>7</sup> Contuzzi, Francesco P.: *Arbitrili internazionali*, "II Digesto Italiano", Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1896, Volumen IV, parte prima, p. 308

<sup>8</sup> Villalobos, Francisco J., *Enjuiciamiento convencional, Ensayo sobre la sustentación civil*, México, 1873: p. 138

<sup>9</sup> Contuzzi, Francesco P.: Op. Cit. p. 308.

<sup>10</sup> Simpson, J. L. And Hazle Fox: *International Arbitration Stevens and Sons Limited, London 1959*, p. 1.

<sup>11</sup> Roheut, Jean: *Traité de l'arbitraje civil e comercial en Droit interne*, Sirey, Paris 1955, p. 7

compromisoria.<sup>12</sup> Pero debe señalarse que ya las Partidas en España regulaban esta figura, como puede confirmarse con la referencia de la nota 11.

La existencia simultánea del arbitraje y enjuiciamiento oficial, el resurgimiento del primero después de las fallidas proscripciones o equivocadas aplicaciones,<sup>13</sup> son índices suficientes de su vitalidad; y esa manifiesta importancia se refuerza, no por la acogida incesante de las legislaciones nacionales, pues bien pudiera sostenerse que, en lo privado, el arbitraje subsiste contra la disposición legal, sino por la multiplicación de los organismos especializados<sup>14</sup> y de los proyectos de convenciones internacionales.<sup>15</sup> Es probable que sean las necesidades del comercio internacional las que preponderen en el fomento del arbitraje. Desde luego, a ellas se atribuye el que, por la ley de 31 de diciembre de 1925, se reconociera la validez de la cláusula compromisoria en la mercantil en Francia, después de cerca de ochenta años de una interpretación jurisprudencial contraria, que, sin embargo, no la discutió mientras fue incluida en contratos internacionales.<sup>16</sup>

Más significativas que las razones expuestas por Carnelutti<sup>17</sup> y que atañen más directamente a la administración de justicia, que a los beneficios del arbitraje, son los datos objetivamente económicos que da a conocer periódicamente la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, establecida por resolución de la VII Conferencia de Estados Americanos, en Montevideo, 1933. Baste señalar que en 1958, la “American Arbitration Association”, aportó cuarenta mil dólares para reactivar la “Comisión” (“I-ACAC”), cuyo primer paso consistió en designar una directiva integrada por representantes de siete países, a saber: Brasil, Colombia, Chile, Estados Unidos, México, Perú y Venezuela.<sup>18</sup> Por lo anterior, hay en el arbitraje algún elemento imponderable que le impide responder empíricamente a la consideración que se le guarda doctrinariamente. Cuando en Italia

---

<sup>12</sup> Ibidem., p. 8

<sup>13</sup> Ibidem., p. 7.

<sup>14</sup> Alcalá Zamora y Castillo, Niceto; *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Rafaele Nibili, *Studi di diritto privato e straniero*, Padova, “Cedam”, 1957, reseña bibliográfica en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, año X, No. 29, p. 214, nota 9.

<sup>15</sup> Weill, Louis: *Les sentences arbitrales en Droit international privé*, Sirey, París 1906, pp. 186, 218 y 236.

<sup>16</sup> Roheut, Jean, op. cit., 10.

<sup>17</sup> Carnelutti, Francesco: Estudios de derecho procesal, traducción de Santiago Sentís Melendo, E. J. E. A. Bs., As. 1952, col. II: “Estudios sobre el arbitraje”, p. 531.

<sup>18</sup> Inter.-American Commercial Arbitration Comisión, report to members and contributors in the United States and Latin América, No. 12, junio-julio de 1961, p. a.

asegura Carnelutti que la reacción contra la hipertrofia del estado debe consistir en descentralizar, lo que judicialmente se traduce en aumentar el poder de la parte, liberando la energía acumulada en la litis por la elección del juez, principio de la vitalidad del arbitraje,<sup>19</sup> no hace sino destacar una de las notas de la institución, quizás la fundamental, pero al mismo tiempo la más variable, la de más difícil realización y la de naturaleza más discutible.

El arbitraje es básicamente el árbitro, afirmación que está bien lejos de significar desdén para las restantes circunstancias, ni siquiera para las materiales del local, a las que la “American Arbitration Association” (“AAA”), según la información de Sylvan Gotshal, uno de sus funcionarios, concede especial atención, disponiéndolas para alcanzar soluciones sosegadas y pacíficas.<sup>20</sup>

Se ha dicho que el arbitraje significa un procedimiento más rápido que el judicial, menos solemne y formulista que éste y aún, más privado o secreto por contraste con el desenvolvimiento del proceso en público,<sup>21</sup> también se ha afirmado que el arbitraje suprime actuaciones y abrevia plazos, de donde resulta una economía de tiempo y trabajo para los mismos tribunales; favorece la transacción y disminuye la litigiosidad, evita el escándalo de ciertos juicios y reduce los abusos de los medios de defensa; atempera la animadversión de los litigantes vencidos, ennoblece la misión del jurisconsulto que dirige sus esfuerzos a la prevención de las disputas y mejora la sustanciación del procedimiento.<sup>22</sup> A estas y otras situaciones reales o imaginarias, se afirma que la rapidez es ilusoria por el aliciente de la “chicana”, que encuentra un medio adecuado en las impugnaciones, dilaciones y reenvíos al oficio público.

1. Es mito el bajo costo del arbitraje y en países como México, los honorarios del árbitro significan una desventaja, en la hipótesis constitucional.
2. En fin el juez profesional presenta una imparcialidad que no es corriente en el árbitro.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Carnelutti, Francesco, op.cit. p. 532

<sup>20</sup> Selecciones del Reader’s Digest, tomo XLI, mayo de 1961, ¿Quién quiere pelear?, por Sylvan Gotshal, condensado de “The American Magazine”, pp. 87 y sig.

<sup>21</sup> Barrios de Angelis, Dante: *El juicio arbitral*, Montevideo, 1956, p. 61

<sup>22</sup> Villalobos, Francisco j.:op. Cit., p. 211.

<sup>23</sup> Barrios de Angelis, Dante, op. Cit., p. 66.

Una observación proviene de Chiovenda, para quien tan exagerado es considerar al arbitraje como mero residuo del pasado, como un augurio de mejorar justicia futura.<sup>24</sup> Ese imponderable que antes se menciona, quizás radique en el carácter paradójico del arbitraje. Más antiguo que el proceso moderno, lo que nada afirma respecto a ciertos procedimientos judiciales u oficiales, con el mismo propósito de buscar de buscar una solución, a las controversias; más estudiado que el mismo proceso, con el cual, unas veces se le asimila y otras se le contrapone; más frecuentemente solicitado en los tratados, conferencias, congresos y reuniones internacionales; y más constantemente entregado a los particulares y agrupaciones profesionales; tiene, sin embargo, menos practicabilidad que el proceso.<sup>25</sup>

Como objeto de convenciones y reuniones internacionales,<sup>26</sup> o como tema de estudios y debates públicos en lo nacional,<sup>27</sup> el arbitraje ha mantenido vivo el interés de organismos públicos y particulares. Pero algo falta o sobra en el que le impide una cristalización efectiva, y ello bien pudiera ser la fatalidad del reenvío a la autoridad judicial, en unos casos para la ejecución del laudo y en otros que infortunadamente no escasean, para el auxilio en la sustanciación y aún para la decisión de cuestiones previas y prejudiciales.<sup>28</sup>

## 1.2. HISTORIA Y DEFINICIONES SOBRE EL ARBITRAJE

La figura del árbitro nos viene del antiguo derecho español<sup>29</sup> y fue definido desde esa época como la persona con capacidad de dirimir una contienda entre dos o más personas que le hubieran pedido intervenir. El arbitraje, expresado en términos generales, podría definirse como:

---

<sup>24</sup> Chiovenda, José: *Principios de Derecho procesal civil*, traducción de José Casais y Santaló, E. Reus, Madrid 1922, tomo I, p. 147.

<sup>25</sup> Cohn, Ernest J.: *Economic integration and international commercial arbitration*, en “*International trade arbitration*”, Edited by Martín Domke, N.Y., 1958; p. 20.

<sup>26</sup> Naciones Unidas: *Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*, junio 10 de 1958, Acta final, párrafo 1.

<sup>27</sup> Opiniones de la Barra Mexicana sobre el arbitraje necesario, México 1933, p. 2.

<sup>28</sup> Ance, Alberto G.: *Derecho internacional privado*, Universidad de Guadalajara, México, 1961, pp. 127 y ss.

<sup>29</sup> Partidas, IV, Título 10, let 8. En este sentido se puede consultar a F. Marcos Pelayo, *El derecho judicial en las PARTIDAS*, S/E, Madrid, 1929, y el amplio catálogo bibliográfico publicado por Niceto Alcalá, UNAM, México, 1954, t. IV,

a) Una técnica que tiene por objeto dar solución a un problema vinculado con la relación entre dos o más personas, mediante la intervención de una o más personas el árbitro o los árbitros que derivan su poder de un acuerdo privado y su actuación deberá ceñirse a dicho acuerdo, sin que hayan sido investidos para dicha misión por el Estado.<sup>30</sup>

b) Gramaticalmente, arbitrar significa decidir, juzgar, discernir, enjuiciar o formar juicio.<sup>31</sup>

Martín Domke señala que el arbitraje es fundamentalmente contractual. Se trata de “un proceso por el que las partes voluntariamente someten sus diferencias a un tercero imparcial, un árbitro elegido por ellos mismos, basado en la evidencia y argumentos que presenten delante del tribunal arbitral.”<sup>32</sup> Por su parte, Patricio Aylwin afirma que “el arbitraje es una jurisdicción, facultad-deber de un órgano del estado, extraordinaria de carácter público que el Estado franquea a los particulares al lado de las ordinarias”.<sup>33</sup> Para este autor, el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional, y equiparado con el convenio entre dos particulares para someter sus litigios a la jurisdicción: facultad – deber de un órgano del estado para administrar justicia de determinado Estado o tribunal.<sup>34</sup>

Uno de los estudios clásicos sobre el arbitraje, escrito por M. M. Dean Soia Mentschikoff's<sup>35</sup> en su libro *Comercial Arbitration*, se refiere a que existen tres modelos de solución de disputas: 1. **the umpire model**, que consiste en que una sola persona se encargue por completo de tomar la decisión correspondiente, sin la participación de las partes, pero usualmente bajo investigación de una de ellas; 2. **The adversary model**, que se caracteriza por el control de las partes sobre el procedimiento que será utilizado, las fuentes presentadas, la fecha y los argumentos; y 3. **the investigatory model**, que se distingue por el control de decisión sobre si un asunto puede ser presentado a la solución

---

<sup>30</sup> David René, *L'Arbitraje dans le commerce international*, Económica, París, 1981 p. 9.

<sup>31</sup> Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, Larousse, México, 1981, p. 65.

<sup>32</sup> Martín Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, trad. Muestra, Mundelein, Illinois, 1968.

<sup>33</sup> Patricio Alwyn, *El juicio arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1958,

<sup>34</sup> Ibidem, p. 26

<sup>35</sup> Dean Soia Mentschikoff's, *Comercial Arbitration*, trad. Nuestra (S.L.) Columbia Law Review, University of Columbia, 1961, págs. 846 a 869.

arbitral, qué fuentes pueden presentarse para la decisión, y qué fecha y argumentos pueden utilizarse como base de la decisión.

**I.2.1 Lo jurídico del arbitraje.-** No hace veinte años que un procesalista argentino aseveraba que el arbitraje es una institución procesal con bases procesalmente sentadas, y con sustancia procesal.<sup>36</sup> Quince años después en Italia y a trabajar sobre la voz "*Arbitrato rituale*", que figura en el "Novísimo Digesto Italiano", Tito Carnacini se hace eco de las palabras de Andrioli, al sostener la superficialidad de los conocimientos corrientes sobre el arbitraje, afirmando que es una materia en la que todo está por hacer.<sup>37</sup>

El hecho de que los internacionalistas, los mercantilistas, los civilistas, los estudiosos del Derecho laboral o del notarial, hayan cultivado y continúen investigando sobre el tema, significa que la institución trasciende los límites de una sola rama, de manera que las palabras del profesor argentino muestran más una optimista pretensión de conquista doctrinaria que una realidad que, como quiere Carnacini, está desconocida en buena parte.

El arbitraje puede ser materia del agotamiento de los procesalistas, no sólo por las indudables vinculaciones que tiene con el proceso, sino por las dificultades de someterlo a un tratamiento teórico. Si las relaciones jurídicas susceptibles de arbitraje se dispersan por los campos civil, mercantil, laboral y administrativo; si las reglas de su validez atañen al orden público y la intervención del árbitro implica una abrogación del oficio judicial; si la trascendencia del laudo puede ser su ejecución extraterritorial; no parece factible ubicar al arbitraje sólo en la disciplina jurídica.

En los debates públicos y en las reuniones internacionales participan representantes de diversas especialidades. En las asambleas celebradas en la Barra Mexicana de Abogados, en el mes de marzo de 1933 para analizar el arbitraje forzoso establecido por el Código de procedimientos civiles de 1932, intervinieron procesalistas al lado de civilistas y

---

<sup>36</sup> Ottolenghi, Mauricio A.: *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral*, "Revista de Derecho Procesal", Argentina, 1943, t. I. P 155

<sup>37</sup> Carnacini, Tito: *Arbitraje*, traducción de Santiago Sentís Melendo, E. J. E. A., del trabajo *Arbitrato rituale* que figura en el "Novísimo Digesto Italiano", Bs, As. 1961, p. 12.

constitucionalistas.<sup>38</sup> En la Convención Internacional para la reforma del arbitraje, celebrada en Cadenabbia, Milán, en junio de 1954, las sesiones se dividieron para analizar un tema procesal: el estudio y proposición de una ley uniforme sobre el arbitraje y la unificación de las normas de derecho internacional privado en materia de arbitraje.<sup>39</sup> En la conferencia de plenipotenciarios para concertar una convención sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, convocada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en virtud de la resolución 604 (XXI), aprobada el 3 de mayo de 1956, fueron invitados los Estados miembros y no miembros de las Naciones Unidas, los organismos especializados interesados en la Conferencia de Derecho Internacional privado de La Haya, y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social.<sup>40</sup>

Bastan esos ejemplos para confirmar que el tema no puede ser monopolizado por una rama jurídica sino también administrativista, pero hace falta descubrir las razones teóricas que exigen la atención de diferentes cuerpos legales y la cooperación de agrupaciones profesionales distintas a las integradas por juristas.<sup>41</sup> Su consideración provoca la inspección de los rasgos fundamentales del arbitraje y lleva como de la mano al seno de una de las más inquietantes polémicas jurídicas.

En el **arbitraje**, se permite (según Briseño y Salgado) aludir a cuatro partes que lo integran: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y su ejecución. Estas partes no aparecen siempre, pero si no fueran mencionadas en la teoría, en lugar de arbitraje se estaría hablando de figuras limítrofes o paralelas. (conciliación o mediación, negociación) que se tocarán más adelante en otro capítulo.

El arbitraje estructurado representa para la práctica un arquetipo. Lo corriente es que se altere la composición y lo deseable es que se disminuya su cantidad, para favorecer el cumplimiento espontáneo del laudo. Asimismo, el término arbitraje, más que una fórmula da la apariencia de una clave que permite abrir, según los casos, las puertas a diversas

---

<sup>38</sup> Opiniones de la Barra Mexicana, pp. 29, 36, 44, 71, 77 y 91

<sup>39</sup> Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale”, *Alli del convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato*, Dott. A. Giufré, Milano 1955, pp. 6 y 7.

<sup>40</sup> Naciones Unidas, Acta final, párrafo 2.

<sup>41</sup> “Centro Nazionale”, op., p. 23.



instituciones. Según que el acuerdo se entienda o construya entre los litigantes o con ellos y un tercero, habrá lugar a sostener que se trata de un convenio, un negocio, un acto plurilateral, un acto complejo, un acto de jurisdicción voluntaria, un acto sucesivo o simultáneo.<sup>42</sup>

De forma importante, el procedimiento, que debería ser el cuerpo estructural preferido para el análisis procesal, suele encontrar menor atención, circunstancia explicable por el hecho de que, si los interesados no atienden a su regulación, se aplican supletoriamente las leyes comunes. En todo este aspecto hay cambios que llegan a los extremos, cuando por ejemplo basta la entrega de una memoria a los árbitros, conteniendo las cuestiones y conclusiones, para que sin mediar citación se establezca la obligación de dictar el laudo; o cuando sea preciso acudir al oficio judicial, sea para la decisión previa o prejudicial, para el auxilio de la autoridad en la instrucción, o más imlemente, para la declaración de certeza relativa al compromiso mismo.<sup>43</sup>

Se discute si el laudo (que se considera sentencia según tesis de la Suprema Corte de Justicia) se forma con un juicio lógico y un acto judicial, si la falta de potestad coactiva influye o no en la decisión, si el laudo deviene en sentencia por la instrucción de ejecutar o basta su depósito o notificación a las partes. Se han considerado las actividades del árbitro como mandato, locación de obras y de servicios y como función pública o privada. Todo ello trasciende hasta la clase de solución que pueda emitir el encargado, de modo que, por un lado, se acerca al dictamen pericial y, por otro, llega a lindar con el acto legislativo en cuanto creación en equidad.<sup>44</sup>

**1.2.2 Concepción sobre el arbitraje.-** Según tema de estudio nacional y comparado que se mire la tendencia a equiparar el arbitraje con el procedimiento judicial, o la pretensión de establecer entre ellos un contraste manifiesto judicial, o la pretensión de establecer entre ellos un contraste manifiesto, podrá hablarse de doctrinas publicistas y privatistas. Pero tal clasificación está bien lejos de abarcar todos los matices de la teoría. Se habla también de

---

<sup>42</sup> Redent, Enrico: *El compromiso y la cláusula compromisoria*, traducción de Santiago Sentis Melendo, E.J.A., del trabajo, Compromesso que figura en el "Novísimo Digesto Italiano", Bs, As. 1961, p. 126.

<sup>43</sup> Carnacini, Tito, op. cit., p.113 y sig.

<sup>44</sup> Ibidem. , pp., 141 y ss

jurisdiccionalistas y contractualistas, procesalistas y civilistas, según puntos de vista fácilmente inteligibles.<sup>45</sup>

Más importante que ubicar a los tratadistas o a sus teorías, es recordar los argumentos aparecidos en esta polémica sobre la índole jurídica del arbitraje, que no guardando correspondencia con la simetría derivada de cualquier clasificación, sino que muchas veces muestran los criterios discrepantes de dos o más adeptos de una teoría. Los antecedentes del debate no alcanzan siquiera la historia moderna de la institución, es la jurisprudencia contemporánea dice Louis Weill,<sup>46</sup> producida sobre la cuestión de saber si cabe la ocasión contra los laudos, que declara que el arbitraje es una vía extrajudicial.

Los trabajos preparatorios del "Code de procédure civile" revelan que el legislador de 1806 no tuvo una concepción clara de la naturaleza del arbitraje al admitir la apelación y Merlin expone que en el proyecto había una disposición concebida en estos términos: "Las partes no podrán renunciar al recurso de casación"\* en el derecho, y que aceptada por el Tribunalado fue finalmente rechazada. Por tanto, piensa Weill, al repugnar formalmente el recurso en casación contra los laudos, aún los rendidos en última instancia, el legislador consagró una jurisprudencia unánime al decidir que el recurso no es admisible sino cuando las partes, reservándose el derecho de apelar, han manifestado la intención de reingresar en la vía de los tribunales; de donde infiere que los laudos no son sentencias sino simples convenios que gozan de un privilegio de ejecución.<sup>47</sup> Debe recordar con Prieto Castro, que en España la resolución es susceptible de casación por exceso de poder según el art. 1691, 3º de la Ley de Enjuiciamiento civil española que no ha sido modificada en este punto por la nueva ley sobre arbitraje del 22 de diciembre de 1953.

Es sintomático que, mientras respecto al proceso judicial se han elaborado multitud de tesis que sostienen, desde su naturaleza contractual, casi contractual, de modificación jurídica, hasta las que hablan de la relación, la situación, el estado de ligamen, el servicio público, la reproducción jurídica de una interferencia real, la entidad jurídica compleja y las

---

<sup>45</sup> Ottolenghi, Mauricio A., op. cit., pp. 163 y ss

<sup>46</sup> Weill, Louis, op. cit., p. 23.

<sup>47</sup> Ibidem., p. 27.

\* casación: colocación de las planas en la rama para que queden consecutivamente enumeradas.

institucionalistas, para o citar algunas más que no pasan de ser calificaciones dentro de lo que se consideró un capítulo homenaje; <sup>48</sup> en lo tocante al arbitraje sólo cabe, en purísimo, hablar de tendencias publicistas y privatistas.

Con seguridad, la explicación para ello radica en el hecho de que si relativamente al proceso judicial la errónea definición no prejuzga sobre la validez de las construcciones teóricas particulares, en lo que se refiere al arbitraje, las consecuencias prácticas, en lo nacional tanto como en lo internacional, varían radicalmente según se le tome como convenio o como vía pública. <sup>49</sup> No conviene, por ello, apegarse a las clasificaciones comunes como la ofrecida por Ottolenghi al dividir las teorías en: a) contractual, b) jurisdiccional y c) las que sin llegar a la anterior, ven el arbitraje el desarrollo de un proceso; <sup>50</sup> porque lo fundamental del tema no es tanto la adscripción de los autores a cierto bando, como cuando dice que Mortara es en Italia el iniciador de la corriente jurisdiccionalista porque expresa que el oficio esconde a los árbitros por el Estado y no por la voluntad de las partes, <sup>51</sup> sino en revisar en sus tesis las consecuencias que infieren de su particular concepción, y así, Mortara como jurisdiccionalista, no se arredra de la calificación que hace del compromiso como negocio jurídico privado, <sup>52</sup> ni duda tampoco al sostener que la parte que violando su promesa se niegue a ajustarse a la voluntad del tercero, debe resarcir los daños derivados de la violación del pacto bilateral y puede ser constreñida mediante acción judicial a que lo cumpla. <sup>53</sup> En fin, sus palabras no suenan como las de un jurisdiccionalista, cuando expresa que la libertad civil de los individuos, esencia del Estado, garantiza la facultad de diferir las controversias a la decisión de terceros, de convenir en que la voluntad de éstos sea aceptada por las partes como resolución de sus diferencias. <sup>54</sup> Por un lado sucede, como puntualiza Carnelutti, <sup>55</sup> que en las legislaciones, como los sistemas alemán y austriaco, en que los árbitros pueden pronunciar sentencias, es factible hablar de jueces propios y verdaderos, mientras que ello es discutible en regímenes donde el laudo no tiene

---

<sup>48</sup> Alcalá, Zamora y Castillo Niceto: *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, publicada en la “Revista de Derecho Procesal”, Año X No. IV, p. 215, nota 11.

<sup>49</sup> Weill, Louis, op. cit., op.cit., pp. 28 y ss.

<sup>50</sup> Ibidem., p. 163.

<sup>51</sup> Ibidem., p. 163.

<sup>52</sup> Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 462

<sup>53</sup> Ibidem., p. 478

<sup>54</sup> Ibidem., p. 481.

<sup>55</sup> Ibidem., p. 622.

por sí solo eficacia ejecutiva y aun resulta dudosa su obligatoriedad.<sup>56</sup> Pero por otro lado, resulta indiscutible que se puede y debe hablar de un cierto tipo de arbitraje, ideal si se quiere, o mejor aún, “a priori” concebido, que puede ser la meta a alcanzar en las convenciones internacionales. La dificultad, fácil es concebirlo, está en hacer coincidir ese modelo con los especímenes de las diversas legislaciones, pero al mismo tiempo, en ello radica el atractivo doctrinario de la investigación. Pero antes de lograr esta finalidad, habrán de resolverse materias particulares y de índole incidental que permanecen dentro de cada uno de los cuerpos del arbitraje: el acuerdo, el procedimiento, la decisión y su eventual ejecución. A destacar las más interesantes se destinan las páginas siguientes.

---

<sup>56</sup> Ibidem., p. 461.

## 2. TIPOS DE ARBITRAJE

### 2.1 Una clasificación del arbitraje

**Arbitraje casuístico o “ad hoc”.** Tanto el arbitraje nacional como el internacional pueden ser “ad hoc”, el cual es regulado directamente por las partes y éstas se abstienen de darle competencia a una institución para que lleve adelante las instancias arbitrales. Este modo de arbitrar parece útil por su adaptabilidad al caso concreto, pero implica enormes riesgos puesto que las partes no pueden preverlo todo y pueden caer en algunas contradicciones importantes. Este arbitraje está basado fundamentalmente en la confianza que una persona determinada le merece al sujeto enfrentado, por su prestigio, sus conocimientos y ponderación. Pero se corre el riesgo de que el árbitro llegue a perder su neutralidad, fallezca o se incapacite, o que entre en algún tipo de vinculación con uno de los contendientes.<sup>57</sup>

El árbitro es un órgano jurisdiccional transitorio, integrado por jueces no profesionales que administran justicia en un caso particular. El árbitro, como señalan De Piña y Castillo, podría considerarse “el titular ocasional de una función pública”.<sup>58</sup> Sin embargo, su ejercicio en la impartición de justicia hoy en día está considerado como una función privada típica que más tarde, ante la oposición de una de las partes, podría ser reconocida por los tribunales judiciales para convertir el laudo en una decisión con toda la fuerza la Ley.

**Arbitraje institucional.** Es aquel en el cual la controversia se somete a la decisión de una institución especializada, nacional o internacional, a la que se le entregan todas las facultades para cumplir su cometido. Se caracteriza por la intervención de un organismo profesional que cuenta con reglas previamente aceptadas y una lista de árbitros o técnicos anteriormente seleccionados.

El arbitraje institucional es el que tiene lugar con se trata de una entidad privada a la que se le otorgan mediante la cláusula arbitral las facultades de administración, orientación, divulgación, explicación y práctica del procedimiento arbitral.

---

<sup>57</sup> De Piña Rafael y José Castillo, *Instituciones de derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1969

<sup>58</sup> Santos Balandro Rubén, *opc. cit.* p. 280

**Arbitraje legal.** Es la legislación positiva la que resuelve la controversia, es decir, cuando se aplican las reglas de la legislación de un país en cuanto a un procedimiento, sentencia, pruebas, y en general, en todo lo relacionado con las normas civiles y mercantiles.

**Arbitraje voluntario y forzoso.** Es arbitraje voluntario el que emana de la voluntad de las partes. Hugo Alsina lo define al señalar que “es voluntario cuando deriva exclusivamente de la voluntad de las partes, manifestándolo en el momento de otorgar el compromiso y sin que anteriormente existiera ninguna convención por la que cualquiera de ellos pudiera exigirlo”.<sup>59</sup>

El arbitraje forzoso proviene de la ley. Es “el que por determinada materia las partes deben someterse a arbitraje, por disposición de la ley”.<sup>60</sup> Patricio Aylwin afirma que el criterio distintivo de ambos arbitrajes viene dado por la autorización de la ley: es arbitraje forzoso cuando la ley excluye absolutamente la competencia de los tribunales oficiales y señala, incluso, determinadas materias en las que el arbitraje está prohibido. Este último caso se presenta cuando en el arbitraje se compromete al interés social, cuando debe intervenir el ministerio público .

El más común es el primero, como el arbitraje comercial, en el que las partes acuerdan someter sus diferencias a la resolución de un tercero. En el necesario u obligatorio las partes forzosamente deben recurrir al proceso arbitral en litigios específicos. En cuanto al arbitraje oficial, cabe distinguir dos tipos: uno, cuando las partes están obligadas a concurrir y participar por disposición de la ley, como ocurre en las juntas de conciliación y arbitraje en materia laboral y dos, cuando se trata de entes sujetos a determinada regulación, como los bancos, las compañías aseguradoras, las afianzadoras o casas de bolsa, que deben apegarse a la normatividad respectiva emitida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, y la Comisión Nacional de los

---

<sup>59</sup> Alsina Hugo, Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial, EDICA, Buenos Aires, 1942, t. VII, págs. 17 y siguientes

<sup>60</sup> Solá y Cañizares Felipe, Derecho comercial comparado, montaner y Simón, Barcelona, 1963, t. I, págs. 349 y siguientes.

Sistemas de Ahorro para el Retiro (SAR), y cuya tramitación se realiza ante la Comisión Nacional para la Defensa al Usuario de Servicios Financieros (CONDUSEF).

**Arbitraje de derecho y de equidad.** Es arbitraje de derecho aquel en el cual los árbitros deben instruir el proceso observando el derecho escogido para aplicarse al fondo del asunto, por las partes. Es arbitraje de equidad aquel en el que los arbitradores, amigables componedores o árbitros de equidad pueden emitir un fallo sin sujeción a las disposiciones de un derecho aplicable al fondo, ni conforme a un procedimiento que pueda seguirse ante los tribunales ordinarios.<sup>61</sup>

**Arbitraje de derecho público y privado.** El arbitraje es de derecho internacional público cuando tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados, como entidades soberanas, mediante jueces designados libremente por dichos Estados y con arreglos a la ley.

En realidad, con esta definición se ha querido establecer que sólo los Estados están dotados de soberanía. No se descarta con esta definición que otros actores internacionales, como los organismos internacionales, empresas transnacionales o hasta el propio individuo, pueden recurrir al arbitraje para las reglas y ,los procedimientos deberían entonces establecer un criterio más amplio, en el que no sólo se aplicarían las normas del derecho internacional público, sino también las normas específicas del arbitraje. En conclusión, podríamos añadir a nuestra definición: “el arreglo de los litigios entre los Estados o demás sujetos del derecho internacional público”.<sup>145A, 145B</sup>

El arbitraje de derecho privado, en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares, o en aquellos casos propios del derecho internacional privado en los que el Estado actúa como particular. Este último se presenta cuando el actor estatal participa activamente en corporaciones o empresas dominadas por el sector público de la economía. También es el caso de las relaciones jurídicas que se establecen entre empresas estatales,

---

<sup>61</sup> Romo Manuel Antonio *Arbitraje en instituciones financieras*. Oxford.- Zamora Sánchez, , p. 10

<sup>62B</sup> Ibidem

paraestatales, etc., y que por la naturaleza de la materia están reguladas por el derecho privado.

**Arbitraje nacional e internacional.** Esta distinción se relaciona con la jurisdicción <sup>62</sup> aplicable al arbitraje una de las definiciones de jurisdicción la describen como “la autoridad del Estado encaminada a la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso y ejercer su jurisdicción en un caso determinado” <sup>63</sup> y generalmente se ha otorgado a las partes el derecho de prorrogar la competencia territorial de los jueces (art. 149, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal). <sup>64</sup>

En el plano internacional, el arbitraje resulta el medio más eficaz para decidir controversias entre comerciantes, sometiendo el asunto ante las leyes internacionales y tribunales extranjeros, <sup>65</sup> porque la actividad comercial rebasa frecuentemente las legislaciones nacionales <sup>66</sup> y regula todas las relaciones económicas internacionales, tal es el caso de las corrientes del comercio exterior (las importaciones y las exportaciones que deben ser arbitradas conforme al derecho internacional comercial). <sup>67</sup> Con la introducción de la Ley Modelo de UNCITRAL, en el Código de Comercio se definió el arbitraje internacional y el nacional, dependiendo del lugar donde las partes hayan convenido que sea la sede del arbitraje en el extranjero o en México (art. 1415 del Código de Comercio).

## 2.2 Características del arbitraje

**El arbitraje es un medio de solución de controversias.** <sup>68</sup> En estricta técnica jurídica, el arbitraje está destinado a resolver controversias.

---

<sup>62</sup> Ibidem .7 Jurisdicción significa “decir del derecho”, Ius, derecho, dicere: decir, expresar.

<sup>63</sup> Hugo Alsina, *Derecho Internacional Público*, UNAM, México 1974, p. 593.

<sup>64</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Sista, México, 2000.

<sup>65</sup> La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, por ejemplo, existe desde 1912.

<sup>66</sup> Ercole Graziad, “*Internacionalization of Nacional Arbitration*”, en *Arbitrage Commercial Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Collana di Sudi Arbitrato Promosa Dall Associazione Italiana per l’Arbitrato, Utet Turín, 1974, págs. 225 a 231

<sup>67</sup> Siqueiros José Luis, “*Panorama actual del arbitraje comercial internacional*”, en el Foro, quinta época núm. 37, México, enero-marzo de 1975.

<sup>68</sup> Estas características son las que denominamos características derivadas del arbitraje por oposición a las características sustanciales que estamos analizando.



**Decidida por el árbitro o los árbitros.** El árbitro es un tercero imparcial destinado a resolver el asunto litigioso por voluntad de las partes.

**Por la voluntad de las partes.** La voluntad de las partes es la fuente del arbitraje. El árbitro es designado en la cláusula arbitral y sus facultades están reguladas por la ley o por las reglas arbitrales que las partes hayan escogido (Como afirma Werner Melis).

**Con ausencia de competencia judicial.** Se trata de una competencia voluntaria proveniente de la voluntad de las partes. Hemos de entender a aquéllas como la suma de atribuciones que los Estados nacionales otorgan mediante sus leyes internas o por medio de los tratados internacionales que tienen celebrados.

¿Cómo podría ejecutarse lo arbitrado? En primer lugar, la autoridad del árbitro proviene del libre albedrío; en segundo término, la ejecución es una característica de la función gubernamental. Es más, la realización de la coacción se realiza por medio de un tercero que cumple, entonces, la sentencia arbitral, como veremos más adelante.

¿Cuáles son las características derivadas o formales del arbitraje? La rapidez, la sencillez y flexibilidad del procedimiento: su economía, la especialidad de los árbitros, la privacidad, la amplitud del examen de argumentos y pruebas, y la buena voluntad.

### **2.3. Fines del arbitraje**

Según David René, los fines del arbitraje pueden expresarse como aspiraciones a una justicia mejor administrada (solución del conflicto), búsqueda de otra justicia sin los errores del sistema judicial y preocupación por la armonía (equidad); y agrega que se trata de una controversia que no puede ser sometida a los tribunales,<sup>69</sup> sin que esto signifique que la institución no pueda conocer de asuntos que corresponden a la competencia judicial.

**Aspiraciones a una justicia mejor administrada.** Este objeto del arbitraje puede plantearse en dos aspectos: la atenuación del formulismo y la búsqueda de un juez mejor calificado.

---

<sup>69</sup> Esta última finalidad, como se observará, se refiere a que el arbitraje nació para dirimir cierto tipo de controversias que no podían ser sometidas a los tribunales.

### **Búsqueda de una justicia sin errores del sistema judicial.**

Se trata de una “relación jurídica triangular en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en controversia y llamado por las mismas partes para componer las diferencias que los separan”.<sup>70</sup>

### **Preocupación por la equidad.**

El arbitraje en el campo de las atribuciones tiene un alcance más restringido: se destina a solucionar el conflicto específico.

Esta misma fundamentación permite que las partes puedan optar por la solución en equidad. Contra el abuso del derecho, la solución arbitral tiende a proteger los intereses del grupo social, considerando el interés público y la justicia de los argumentos alegados por las partes.<sup>71</sup>

### Estructura, forma y contenido del arbitraje:

- a) Voluntad de las partes
- b) Acuerdo o cláusula arbitral compromisoria
- c) Procedimiento
- d) Laudo o sentencia arbitral
- e) Ejecución

La cláusula compromisoria es anterior al conflicto; en una cláusula accesoria al convenio las partes detallan las condiciones del arbitraje para el caso de imprevistos o falta de ejecución del convenio.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje en el derecho privado. Situación internacional*, Imprenta Universitaria, Instituto de Derecho Comparado, México, 1963, págs. 23 a 31

<sup>71</sup> Calamandrei Piero, el gran doctrinario italiano, señala sobre el particular: El derecho positivo y la equidad constituyen dos órdenes jurídicos coexistentes y que en parte coinciden, son dos esferas concéntricas de volumen diferente la más grande permanece // Significado constitucionales delle giurisdizioni di equita”, en Riv. Di Diritti Procesale Civil, Roma, vol. II, 1930, p. 63.

<sup>72</sup> Gide Loyrette Novel, *Le Droit Francais del Arbitaje*, Jurisdictionnaires Joly, París, 1983, págs. 19 a 82.

La doctrina<sup>73</sup> considera que arbitraje es de naturaleza autónoma, criterio aceptado en América Latina y en los países de la Comunidad Británica de Naciones.

La cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato (art. 1432 del Código de Comercio). Más en detalle esta independencia de la cláusula arbitral de convenio, acuerdo o contrato donde dicha cláusula consta:

- a) Con la firma de la cláusula arbitral se renuncia a la jurisdicción ordinaria para someterse al arbitraje donde el contrato la cláusula está inserta.
- b) El compromiso arbitral se realiza por el acuerdo de voluntad. Entre las partes. Conforme a dicho acuerdo se rige la institución administradora del arbitraje y el árbitro.
- c) Formalmente, la cláusula compromisoria es parte integrante.  
Contrato. Se trata de un anexo al contrato principal que prevé, en determinadas situaciones, la aplicación de un sistema de solución de controversias por vía arbitral cuando surge algún conflicto en torno a dicho contrato, siempre con base en la autonomía de la cláusula respecto del contrato.<sup>74</sup>
- d) La cláusula arbitral continúa siendo válida aun cuando el Laudo emitido respecto de una controversia no reúna los requisitos de validez. La nulidad del laudo no lo es de la cláusula arbitral; sin embargo, una vez emitido el laudo, el poder otorgado a los árbitros desaparece.
- e) La cláusula arbitral, los árbitros pueden anular el contrato sin que se afecte la cláusula arbitral.
- f) La cláusula arbitral estipula la eventualidad de un conflicto de intereses entre las partes y la voluntad común es someterse al arbitraje.

## 2.4. El procedimiento arbitral

---

<sup>73</sup> La autonomía de la Clause Compromissoire, Liber Amicorum, F. Eisemann, París, 1978. págs. 31 a 43

<sup>74</sup> Briseño Humberto Sierra, "El arbitraje, privado internacional en el panorama del arbitraje comercial internacional", Taurus, México 1997.

Como escribe A. Weillier, es el procedimiento arbitral el que tiene la tarea de fijar lo que debe hacerse. Procedimiento reglamentado por la ley clásica y modificado por las leyes nacionales. Se trata casi siempre de competencias, de facultades y de institución de garantías.

Con la creación del arbitraje institucional se trató de dar uniformidad al procedimiento arbitral, que en su origen las partes fijaban libremente, para establecer mayores grados de “seguridad jurídica” y evitar los problemas de las distintas leyes de procedimientos aplicables.

El procedimiento arbitral ha sido sometido a estudios por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

### **El laudo o sentencia arbitral**

La sentencia arbitral o laudo es el acto jurisdiccional por el cual los árbitros cumplen con su encargo, declaran el derecho o resuelven en equidad el caso, dilucidando las cuestiones controvertidas y así transforman la inconformidad en satisfacción jurídica.<sup>75</sup>

Los requisitos habitualmente aceptados para el laudo o sentencia arbitral son:

- a) Identificación del objeto o materia controvertida;
- b) Vínculo de ese objetivo con las partes;
- c) Relación de hechos y de derechos o principios generales, y
- d) Solución de la controversia mediante el laudo.

En el caso de sentencias arbitrales extranjeras se aplicarán las convenciones sobre la materia. En este caso se aplica el protocolo de Ginebra (1923), la Convención de Nueva York (1958) y los demás acuerdos de carácter internacional, como es el caso de la ley Uniforme Europea para los países de la Comunidad Económica (1961) y la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial Internacional (Panamá 1975).

---

<sup>75</sup> Dante Barrios de Angeli, *El juicio arbitral*, s/e, Montevideo, 1956, p. 61.

El laudo o sentencia arbitral puede ser interpretado en un cierto plazo, habitualmente breve, por el propio árbitro; por ejemplo, en México es de 30 días, <sup>76</sup>Israel, 30 días y Estados Unidos de América, 20 días. <sup>77</sup> En muchos países no se acepta la interpretación del laudo por el propio árbitro (Noruega y Francia <sup>78</sup>) y solamente se les permite corregir errores formales de la sentencia. Hoy en día las principales reglas arbitrales aceptan el principio de 30 días para la interpretación del laudo.

## **Ejecución del laudo**

La ejecución del laudo arbitral es responsabilidad de los tribunales del Estado. La misión del árbitro termina al dictar el laudo, si bien deben tenerse en cuenta las posibilidades de apelación, que se aceptan en algunas legislaciones.

El carácter obligatorio del laudo deriva de la voluntad de las partes (cláusula compromisoria) y su eficacia reside en la potestad del imperio a cargo del Estado.

En el caso de México, la ejecución del laudo puede hacerse a través de las citadas convenciones internacionales y mediante el Código de Comercio (arts. 1461 y 1463) y el art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que se refiere a los incidentes.

## **2.5. El arbitraje en México**

### **Perspectiva general**

En México, debidamente regulado, se inicia en 1932 con la promulgación del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en vigor.

---

<sup>76</sup> Art. 1450, Código de comercio

<sup>77</sup> Para el caso de Israel, véase *L'Arbitrage Commercial et la loid Dans Les Differentes Pays*, trad. nuestra, Chamber Commerce Internationale, Suiza, 1958, *passim*. Para el caso de EUA, Howard M. Holzmann, *National Report United States Year Book*, International Council For Comercial Arbitration, Peter Sanders ed, La Haya, 1977, vol. II, págs. 133 y 134

<sup>78</sup> David René, *L'Arbitrage dans...*, op, cit., p. 489

Este Código ha sido el inspirador de los demás códigos de la República, Pero, no puede olvidarse que la codificación procesal del Distrito Federal tenía el carácter de federal, por ser la única aplicable en el país en materia de extranjería, según lo disponía el art. 50 de la derogada *Ley de Nacionalidad y Naturalización*.<sup>79</sup>

“El Código de Comercio se refería al arbitraje en pocos artículos. De ahí que, supletoriamente, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal adquiriera enorme importancia. En el plano constitucional, el art. 133 de la Constitución de 1917 establece que los tratados internacionales celebrados o que celebre el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán Ley Suprema”. De acuerdo con esta interpretación es menester concluir que los tratados que se encuentran en vigencia o que se celebren o ratifiquen se aplicarán en nuestro país por la autoridad judicial.<sup>80</sup>

Por lo tanto se presenta aquí un problema doctrinario y práctico de relevancia. En efecto, se ha planteado que si el tribunal arbitral actúa como auténtico árbitro, se está contraviniendo lo dispuesto en el art. 13 de la Constitución, que establece “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas o por tribunales especiales,” Asimismo, en idéntico sentido, creemos que el art. 14 constitucional se refiere a tribunales previamente establecidos. Es más, a nuestro entender, el problema debe plantearse para determinar si los tribunales arbitrales son tribunales de derecho y no si pertenecen al Poder Judicial.

A mayor abundamiento, parece que no existe ilegalidad en los actos de los tribunales arbitrales, no porque pertenezcan al Poder Ejecutivo, sino porque actúan conforme a derecho y están reglamentados por la ley. En este sentido, creemos que carece de fundamento la interpretación, por demás respetable, de considerar ilegales o inconstitucionales a los tribunales arbitrales. Se debe concluir que la Constitución no puede regular la forma de ejercicio de los derechos de los particulares.

---

<sup>79</sup> Briseño Sierra Humberto, “*El arbitraje comercial y su funcionamiento en México*”, en Leonel Pereznieta Castro (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, 2000, p. 261.

<sup>80</sup> Sánchez Hernández Marcos, *Situación actual del arbitraje comercial*, tesis, Facultad de Derecho, UNAM, México 1980, p. 20.

Si el espíritu del constituyente fue el de prohibir el establecimiento de tribunales especiales emanados del Estado, es indudable que no existe obstáculo alguno que restrinja el derecho del particular de constituir un tribunal arbitral con el fin de ser juzgado por sus iguales en forma por demás privada.

El *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* establece tres criterios principales respecto del arbitraje:

1. La obligatoriedad del arbitraje en virtud de la cláusula compromisoria.
2. La naturaleza contractual y jurisdiccional del laudo.
3. La procedencia del control constitucional del amparo contra el laudo.<sup>81</sup>

**Ley de Monopolio,**<sup>82</sup> **orgánica del art. 28 constitucional.** Esta ley, a pesar de tratarse de una disposición de orden público, permitía que las Secretarías de Industria y Comercio y del Trabajo y Previsión Social intervinieran como tribunales de arbitraje. Así lo disponía el reglamento de la Ley de Monopolio, de 19 de diciembre de 1931, en sus arts. 10 a 13. Dicha ley actualmente se encuentra derogada de acuerdo con lo dispuesto por el art. 3º. transitorio de la Ley Federal de Competencia Económica.<sup>83</sup>

**Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.**<sup>84</sup> El primer antecedente formal del arbitraje financiero mexicano lo encontramos en la Ley General de Instituciones de Seguros de 1935, donde se estableció un procedimiento a favor de los particulares para la reclamación de las sumas aseguradas.

Al respecto, en el art. 135 de la mencionada ley se establecía que en caso de que surgiera alguna controversia entre una institución de seguros y un asegurado o sus beneficiarios, por falta de pago de un siniestro o por cuestiones relacionadas con la interpretación del contrato de seguro después de que se hubiesen agotado los procedimientos establecidos en la póliza respectiva.

---

<sup>81</sup> *Arbitraje comercial internacional*, op. cit., págs. 262 y 263.

<sup>82</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1934.

<sup>83</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992.

<sup>84</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935.

En el art. 136 de la ley que se comenta se señalaba que los tribunales no darían trámite a ninguna acción si previamente las partes no habían llevado su controversia a conocimiento de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y cuando se dictara sentencia ejecutoria a favor de un asegurado, el juez de los autos lo comunicaría a la propia Secretaría. Ésta, después de haber recibido la notificación, conminaría a la institución que hubiere sido condenada a probar, dentro de las 72 horas siguientes, haber pagado el siniestro; en caso contrario, la Secretaría de Hacienda mandaría pagar al asegurado del monto de la reserva constituida, y si ésta no era suficiente, la Secretaría ordenaba el remate, en bolsa, de los valores depositados en el Banco de México. Si tales valores estaban a efecto dentro de las reservas de la compañía, ésta tenía que reponerlos en los términos de las disposiciones de la propia ley relativas a la reconstitución de reservas.

A partir de entonces, el arbitraje en materia de seguros sufrió diversas modificaciones y estableció en su art. 135<sup>85</sup> un procedimiento a favor de los particulares para la reclamación de las sumas aseguradas, a partir de un escrito de queja o reclamación, con lo que se iniciaba una etapa de conciliación, y en caso de que ésta no fuera posible, en la misma audiencia se exhortaba a las partes por la autoridad, Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF), para que se sometieran a un procedimiento de arbitraje voluntario mediante la firma de un convenio común, ya fuera en la modalidad de amigable composición ó de estricto derecho.

Las principales características de los procedimientos arbitrales que regulaba la citada ley son las siguientes:

- I. Procedimiento arbitral en amigable composición
  - a) Voluntad de las partes
  - b) El compromiso debe constar por escrito.
  - c) Debía resolver en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada.

---

<sup>85</sup> Reformado por última vez por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de enero de 1997, antes de ser derogado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 2000



- d) Debían constar en el acuerdo de arbitraje las situaciones y los puntos motivo de la controversia, así como las etapas y formalidades o términos a que se sujetaría el arbitraje, escuchando la opinión de la propia comisión.

## II. Procedimiento arbitral de estricto derecho

- a) Voluntad de las partes
- b) El compromiso debía constar por escrito
- c) La autoridad debe resolver la controversia con estricto apego a las disposiciones legales aplicables.
- d) Las partes tenían que determinar las etapas, las formalidades y los términos a que se sujetaría el arbitraje, al efecto en el art. 135 citado, y señalar los plazos máximos de cada etapa.

**Ley de Cámaras de Comercio y de Industria.**<sup>86</sup> Establecía en su art. 4, fracc. V, la facultad de las Cámaras para actuar como árbitros o arbitradores en los conflictos entre comerciantes o industriales, mediante una comisión destinada para ese fin.

Esta ley fue derogada por la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, según se dispone en el art. 2º. transitorio del decreto respectivo.<sup>87</sup>

**Ley de Propiedad Industrial.** También se refiere al arbitraje.<sup>88</sup> En sus arts. 271 y siguientes se refiere a los juicios civiles y en una norma especial, la del art. 272, sin alusión al Código de Comercio.

**Ley Federal de Instituciones de Fianzas.**<sup>89</sup> Esta ley, en su art. 93 bis, establecía un procedimiento arbitral, cuyo tratamiento era idéntico al que se disponía en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

---

<sup>86</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de agosto de 1941

<sup>87</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de diciembre de 1996.

<sup>88</sup> Diario Oficial de la Federación, 31 de diciembre de 1942.

<sup>89</sup> Diario Oficial de la Federación, 29 de diciembre de 1950

**Ley que crea la Comisión para la Protección del Comercio Exterior** <sup>90</sup> en México. Esta ley señaló a los árbitros la facultad de resolver “en conciencia” las quejas relacionadas con el comercio exterior. En este caso, se establecía como requisito previo que hubiera existido sometimiento expreso de las partes al arbitraje.

En realidad, afirma Briseño Sierra, “el art. 2º. determina que presentada una queja, la Comisión emitirá dictamen después de sustanciar el procedimiento que se regula en los arts. 12 y 13, y lo turnará a la Secretaría de la Industria y Comercio, a fin de que ésta ordene su publicación el Diario Oficial de la Federación...”<sup>91</sup>

**Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera.** <sup>92</sup> Reguló en su oportunidad el arbitraje privado. Esta ley actualmente se encuentra derogada por disposición de la Ley de Inversión Extranjera. <sup>93</sup>

**Ley del Mercado de Valores.** <sup>94</sup> en los artículos 82, 87 y 88 <sup>95, 96</sup> regulaba diferentes formas de arbitraje, y la autoridad competente para conocerlos era la Comisión Nacional de Valores (CNV), que después se transformó en Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV).

En relación con los arbitrajes en materia bursátil conviene mencionar que su evolución partió de un suceso relevante que dio nuevo impulso al proceso arbitral: el crack bursátil sufrido en 1987. Como consecuencia de este hecho, la cantidad de reclamaciones recibidas por la entonces Comisión Nacional de Valores se elevó considerablemente, en comparación con las que se habían sustanciado en 1985 y 1986, ya que en dicho período sólo se recibieron alrededor de 20, contra aproximadamente 400 que se presentaron durante 1987 y que se debieron sobre todo a operaciones de futuro y de margen, las cuales por lo novedoso y por la complejidad que implicaban, así como por el desconocimiento de la

---

<sup>90</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1956

<sup>91</sup> *El arbitraje comercial y su funcionamiento en México*, op. cit.

<sup>92</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973

<sup>93</sup> publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de diciembre de 1993

<sup>94</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1975

<sup>95</sup> Los artículos, citados fueron reformados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de abril de 1995

<sup>96</sup> Los arts. 87 y 88 fueron derogados por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999.

forma en que se operaban, repercutieron en el patrimonio del pequeño y mediano inversionista.

- A. El art. 82 establece que las controversias que surjan entre las instituciones para el depósito de valores podrán ventilarse en un procedimiento arbitral ante la citada Comisión.
- B. En el art. 87 del citado ordenamiento se establecía la posibilidad de que las controversias que surgieran entre las casas de bolsa y sus clientes podían dirimirse por medio de un procedimiento arbitral, el cual estaría a cargo de un árbitro tercero que les propusiera la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. (CNBV).

### 3. EL PROCEDIMIENTO

**3.1 El acuerdo.** Ya en Kohler se encuentra la idea de que el compromiso es un contrato procesal que además de una situación, produce una relación jurídica; <sup>97</sup> sin embargo, es importante precisar si el acuerdo es lo mismo que el compromiso.

El arbitraje suele dividirse en voluntario y forzoso, aunque también se habla de necesario, obligatorio, legal y demás. <sup>98</sup> Una de las cláusulas promisorias, acto accesorio de un contrato sustancial, por el que las partes convienen en encomendar a una o más personas distintas el encargo de decidir las controversias que entre ellas puedan surgir. <sup>99</sup>

En la cláusula hay, pues, un acuerdo, por el arbitraje que produce es llamado por Barrios de Angelis necesario convencional, <sup>100</sup> para distinguirlo del que denomina necesario legal o necesario típico, porque dependiendo de determinadas circunstancias legales, debe componerse el arbitraje. <sup>101</sup> Lo que para Barrios de Angelis constituye el arbitraje necesario legal requiere de una breve explicación. El ejemplo que elige es la disputa que pueda

---

<sup>97</sup> Barrios de Angelis, Dante, op. Cit., p 234.

<sup>98</sup> Ibidem., p. 24

<sup>99</sup> Redenti, Enrico, op. Cit., p. 13.

<sup>100</sup> Barrios de Angelis, Dante, op. Cit., p. 35

<sup>101</sup> Ibidem., p. 34.

suscitarse entre los miembros de una sociedad comercial que, en los términos de los artículos 511 y 512 del Código del comercio uruguayo, debe resolverse arbitrariamente, esto es, el conflicto se halla delimitado y en donde puede una de ellas acudir ante los jueces para suplir la voluntad de la contraria, logrando una sumisión con cierto carácter coactivo.<sup>102</sup> La idea expuesta se acerca en mucho al concepto de tribunales especiales para la solución de conflictos de trabajo, pues se observa la facultad de una parte para convocar ante el tercero a la otra sin acuerdo previo, dato que ha permitido distinguir entre el procedimiento judicial, el arbitral y la conciliación, porque los últimos no admiten la constricción.<sup>103</sup> Entre otras palabras, el compromiso o la cláusula suponen la previa aceptación del laudo, en tanto que el llamado arbitraje necesario legal no precisa de ese acuerdo previo entre litigantes.

La idea de arbitraje necesario legal está expresada por Ángel Martín Pérez con el arbitraje obligatorio, tomando en cuenta que además de la facultad de dictar el fallo, la institución respectiva se encuentra autorizada para ejecutarlo, caracteres que encuentra en las legislaciones de Rusia, Italia, Australia, Nueva Zelanda y México.<sup>104</sup> Todavía en este camino, se encuentra la construcción del código procesal del Distrito Federal, cuyos artículos 9º, 10, 11 y 14 transitorios, establecieron una especie de arbitraje forzoso. Sobre la palabra forzoso, Barrios de Angelis explica que la sustituye por necesario, porque la denominación legal es una incorrección técnica, pero las razones que expone para ello no son aplicables al caso mexicano. Según Barrios, el arbitraje necesario legal no es forzoso aunque así lo califique la ley, porque los comprometidos no son constreñidos a emplearlos, simplemente, si han de requerir una solución, deberá ser arbitral.<sup>105</sup> Pero el arbitraje impuesto por el código procesal vigente, para los casos en que sus disposiciones transitorias se aplicaron, fue forzoso, como se hizo patente en el debate público sostenido en la Barra Mexicana de Abogados.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Ibidem., p. 31

<sup>103</sup> Martín Pérez, Ángel: *La conciliación y el arbitraje en el Derecho comparado*, México 1942, p. 7.

<sup>104</sup> Ibidem., p. 10.

<sup>105</sup> Barrios de Angelis, *Dante*, op. cit., p. 33.

<sup>106</sup> Opiniones de la Barra Mexicana, op. cit., 5.

Si el arbitraje es forzoso para la legislación mexicana citada, no sólo porque se trataba de casos pendientes ante los tribunales que, no concluidos en cierto plazo, conducían a la instauración del procedimiento arbitral, sino porque según el artículo 220, puede prepararse este juicio cuando en escritura privada o pública sometieren los interesados sus diferencias a la decisión de un árbitro y, no estando nombrado, debe acudir al juez para su designación, el presupuesto del acuerdo se convierte en tema de discusión teórica. A ello debe añadirse que la doctrina ha propuesto suprimir la escritura de compromiso, no para vaciar su contenido en la cláusula compromisoria, sino porque completada dicha cláusula en la oportunidad respectiva, con el requerimiento de una parte para la elección del árbitro, con la fijación de la cuestión litigiosa y algunas otras reglas, posiblemente procesales, el compromiso podría suprimirse.<sup>107</sup>

Es así como la institución arbitral, reconocida en primer lugar por el acuerdo de los litigantes, alcanza una de tantas paradojas: el pacto se convierte en contrato imperfecto como le llamara Luis Cabrera, un primer paso hacia la imposición legal o arbitraje forzoso que tiene características, decía también Cabrera, de que el nombramiento del árbitro viene a efectuarse cuando las partes se hallan en plena desavenencia y casi seguramente en actitud hostil.<sup>108</sup> Cabe entonces pensar con Weill si su imposición no será denegación de justicia, si en tales casos no será preferible acudir al juez oficial, si no comete el legislador abuso de poder tanto al impedir el arbitraje voluntario como al convertirlo en forzoso o al aceptar un pacto obligatorio previo.<sup>109</sup> Cualquiera sea la solución, es innegable que, respecto al acuerdo, habrá que distinguir tres hipótesis: a) caso en que se celebra compromiso, b) caso en que se estipula cláusula compromisoria, y c) caso en que la ley reenvía al arbitraje de cuerpos especiales.

### **3.2. La caracterización**

---

<sup>107</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: Estudios y Bibliografías sobre arbitraje de Derecho privado, en “ Revista de la Facultad de Derecho de México”, t. IV.Nº 145, p. 102.

<sup>108</sup> Opiniones de la Barra Mexicana, op. Cit., pp. 5 y 6.

<sup>109</sup> Weill, Louis, op.cit., pp. 286 a 288.

Caracterizar el compromiso es difícil porque, al tenor de lo observado por Robert,<sup>110</sup> se rige tanto por la ley sustantiva como por la procesal. Aún aceptando su naturaleza de convenio, de acuerdo “sui generis”, y recordando que en los contratos privados también existe la posibilidad de una aplicación supletoria de la norma estatal, sea por expresa remisión de las partes, por omisión involuntaria o por tratarse de reglas de orden público, no obstante todo ello, queda en pie la duplicidad de cuerpos legales aplicables.

Los argumentos de Weill son convincentes y hasta cierto punto indestructibles, pero es ese punto el que complica el problema. El pacto entre las partes al que se adhiere el árbitro, quedaría definido como mandato conjuntivo si no fuera por la particularidad del procedimiento. En el se advierten poderes y no simples derechos del árbitro. Se trata, desde luego, de la dirección e impulso procesales y no de la facultad para dictar el laudo, porque este extremo implica cuestiones que son materia del número siguiente.

El árbitro en el procedimiento puede alcanzar la posición del juez. Puede, pero en muchos casos no necesita hacerlo, pues cuando basta el depósito del compromiso sea con las pertinentes memorias y documentos probatorios, el procedimiento no llega a la estructura procesal.

Para hablar de proceso es indispensable conjuntar acciones y jurisdicción. Si se comienza por advertir que en el procedimiento arbitral no hay propiamente constitución en juicio, como previa toma de contacto con el juez, según lo destaca Carnacini;<sup>111</sup> y se añade que la actividad de las partes es susceptible de una reducción a ese mínimo de entrega única de los documentos indispensables, resulta que el arbitraje puede quedar, en lo tocante al procedimiento, limitado al encargo de una obra intelectual.

En esos casos cabría decir del compromiso algo similar a lo que respecto a la cláusula ha sostenido la jurisprudencia italiana que se trata de una estructura de negocio cuyo efecto es

---

<sup>110</sup> Robert, Jean, op. cit., p. 43

<sup>111</sup> Carnacini, Tito, op. cit., pp. 44 y 45

sustraer al juez ordinario la cognición de las controversias, y la indagación sobre su validez se resolvería en una cuestión de competencia.<sup>112</sup>

Pero como el compromiso puede producir efectos procesales, no sólo en cuanto impide que la litis sea conocida por el juez,<sup>113</sup> sino también porque atañe a la habilidad para estar en juicio distinta habilidad para concluir el compromiso o la cláusula,<sup>114</sup> cuyos efectos se advierten hasta en la circunstancia de que antes de la instauración del juicio, la invalidez puede invocarse por el inhábil o su legitimado como en la anulación de cualquier contrato, mientras que en curso del proceso esa nulidad puede ser provocada también por el sujeto hábil,<sup>115</sup> según se desprende de la polémica que en tales supuestos el compromiso es fuente de relaciones procesales.

En las causas simples, principalmente tenidas en cuenta por el legislador, no se perciben las repercusiones procesales con la claridad que ofrecen en hipótesis poco frecuentes como las mencionadas por la doctrina respecto al caso de controversias conexas entregadas, una al arbitraje y la otra al juez ordinario. Aunque sea discutible la existencia de un interés público en reunión de ambas que impide la actuación del árbitro, el hecho de que se confronte un problema de conexidad procesal, es prueba suficiente de las implicaciones que en este orden tiene el compromiso.<sup>116</sup>

Cuestiones netamente procesales que afectan al compromiso son la que se atiene a la posibilidad de proponer reconvención sin la aquiescencia de la contraparte, o la introducción de temas no comprendidos inicialmente y aún la validez de las conclusiones que exceden la órbita del compromiso y que no fueron oportunamente impugnadas. Son estos, aspectos discutidos en la doctrina italiana, pero no por ello menos sintomáticos del carácter procesal del acuerdo que, así rebasa la calificación del mandato conjuntivo.<sup>117</sup>

Tiene la cláusula mucha menor trascendencia procesal, sin embargo, también cabe citar el supuesto de que una parte estime procedente el arbitraje y, discutida su opinión, constituya

---

<sup>112</sup> Redentti, Enrico, op. Cit., p. Nota 2.

<sup>113</sup> Ibidem., p. 21 nota 3

<sup>114</sup> Ibidem., p. 51

<sup>115</sup> Ibidem., p. 59

<sup>116</sup> Ibidem., p. 83

<sup>117</sup> Ibidem., p. 88.

objeto de la decisión previa del árbitro. Como destaca Redentti, lejos de impedir la constitución del juicio, forma parte de los problemas a decidir, salvo siempre la eventual censura judicial en sede de impugnación.<sup>118</sup>

La tesis del mandato y cualquiera otra que vea en el compromiso una mera figura de Derecho sustantivo, son insuficientes cuando se trata de explicar por qué, si los compromitentes son más de dos, para los efectos del laudo deben participar todas ellas en el procedimiento, y la condición es más severa en el arbitraje que en el proceso judicial, porque el árbitro no puede, como el juez italiano, ordenar la integración del contradictorio con la intervención de quien no haya participado. El problema, a no dudarlo, atañe a las diferencias entre la habilidad en la causa y en el proceso, que la doctrina explica a través de las denominaciones legitimación “*ad causam*” y “*ad processum*”.<sup>119</sup>

Si alguna explicación tiene la tesis de compromiso como contrato sustantivo de contenido procesal, ella consiste en que las partes y/o el árbitro pueden reglamentar el accionar o remitirse a las disposiciones supletorias de la ley. No debe confundirse el hecho meramente circunstancial de que las partes confieran al árbitro la facultad reglamentaria del procedimiento, con la cuestión de la naturaleza de estas reglas. El compromiso puede tener una formación progresiva, según la terminología de Redentti,<sup>120</sup> por ello, cuando sea el árbitro el facultado para establecer las bases procesales, su determinación es temporalmente posterior al pacto entre las partes, pero forma un todo con el compromiso, puesto que la regulación debe ser anterior a la iniciación del procedimiento, tanto si es el árbitro quien reglamenta, como si son las partes en escrito posterior. Cabalmente porque la aceptación de los árbitros marca el nacimiento del proceso, la determinación de esas reglas es contenido del acuerdo que deja, así, de ser exclusivamente sustantivo, para extender a lo estrictamente procesal.<sup>121</sup>

Es conveniente puntualizar que si ahora se ha entrado en la observación del segundo cuerpo de la estructura arbitral, no es para analizar sus problemas procesales, sino para

---

<sup>118</sup> Ibidem., p. 95.

<sup>119</sup> Ibidem., p. 102.

<sup>120</sup> Ibidem., p. 123.

<sup>121</sup> Carnacini, Tito, op. cit., p. 70.



destacar que en el acuerdo mismo aparecen ya las raíces de cuestiones que serían objeto de pronunciamientos judiciales si no estuvieran las partes sometidas al árbitro. Se ha discutido, por ejemplo, la convalidación durante el proceso o por causa de él, de los efectos de escritos sin firma cambiados entre las partes en la formación progresiva del compromiso; aunque el asunto muestra la influencia del segundo momento sobre el primero, ya no atañe al contenido procesal del compromiso.<sup>122</sup>

Quizá pueda presentarse el problema con mayor claridad si se toma en cuenta la idea de Redentti, en el sentido de que todas las actividades de las partes y los árbitros, y aún de la autoridad judicial, tienen efectivamente en el compromiso su presupuesto.<sup>123</sup> Si por presupuesto se entiende la circunstancia que condiciona anticipadamente la eficaz realización de un acontecimiento jurídico, el compromiso es el presupuesto del accionar en el proceso arbitral, idea que ya expone Barrios de Angelis, aunque mezclándola indebidamente con la condición previa.<sup>124</sup> El presupuesto no es simplemente lo previo, porque hay condiciones que no son presupuestos: en la formación progresiva, el pacto entre las partes es previo a la aceptación del árbitro, pero no es necesariamente el presupuesto del proceso, porque cabe que sea el árbitro y no las partes, quien lo regule, o que se reglamente por ellas después de convenir el arbitraje, pero antes de la aceptación del tercero. Lo que importa es que en el compromiso, en alguna de las piezas que forman su cuerpo, se presupueste el proceso.

En cambio, aunque la doctrina pugne porque el laudo reciba ejecución directa y se suponga que es efecto del compromiso, en el mundo, dice susceptible de ser atacado sin afectar al compromiso. Es ya el laudo de lo que se puede discutir, sólo él será el blanco de la censura judicial, aunque tome pie en actos anteriores o del compromiso mismo, que constituyen su precedente histórico, porque si a consecuencia de la impugnación el laudo llega a ser anulado o revocado, no por ello revive el compromiso o la función jurisdiccional de los

---

<sup>122</sup> Redentti, Enrico, op. cit., p. 125.

<sup>123</sup> Ibidem., p. 130.

<sup>124</sup> Barrios de Angelis, Dante, op. cit., p. 202.

árbitros, y todo lo más, por efecto del “*iudicium rescindens*”, la autoridad judicial queda investida del “*rescissorium*”.<sup>125</sup>

El compromiso es válido en el procedimiento. Esta idea no encuentra apoyo doctrinario, es verdad, pero permite entender por qué, si el árbitro está facultado para decidir inapelablemente, se califica al laudo de dictado en equidad, mientras que si se le autoriza para reglamentar el proceso no se hablase de procedimiento en equidad sino convencional. Si se impugna la actividad jurisdiccional, “*error in procedendo*”, se alega una violación al compromiso, aunque la norma no esté expresada en él sino en la ley, porque su aplicación es supletoria, convencionalmente participante de las partes. Si se indica al laudo, “*error in iudicando*”, por violaciones cometidas al decidir, no se invoca el compromiso sino la ley o la equidad. Ciertamente el compromiso es la medida algunas veces, para la impugnación del laudo, especialmente cuando el árbitro decide “*ultra petita*”, o cuando no decide todo; pero entonces, más que de influencia del compromiso e el laudo, habrá que hablar de su carencia. Ni siquiera cabe ahí una influencia negativa, porque el compromiso no impide la validez del laudo, sencillamente la decisión se encuentra fuera de orden. El árbitro no tiene facultades para decidir más allá de la petición, no porque el compromiso no le autorice, sino porque no puede un particular imperar sobre negocios ajenos. A su vez, el árbitro ha decidido mal, no porque viole el compromiso, sino porque la ley o la equidad no justifican su laudo. En fin, el tercero ajeno al compromiso, dice Redenti,<sup>126</sup> tiene acción ordinaria autónoma de declaración negativa de certeza para eliminar el perjuicio que le siga el laudo pronunciado “*Inter. Alios*”. ¿Cabría que el tercero se opusiera al proceso arbitral mismo que viene a ser el compromiso en el desarrollo de sus condiciones presupuestales? Durante el proceso arbitral el tercero puede intervenir, pero adhiriéndose a los acuerdos, con el consentimiento de las partes, dice Carnacini, y a condición de que respete las reglas del “*in statu et terminis*”, aunque la restante doctrina se muestra favorable a esta tesis. Ello destaca evidentemente el origen contractual del juicio arbitral, añade el autor, de manera que si la intervención se acepta, da vida a un nuevo acuerdo compromisorio incluido el consentimiento de los árbitros; y del mismo origen es la falta de poderes de los árbitros en lo que corresponde a terceros y la inaplicabilidad de la intervención coactiva, ya a instancia

---

<sup>125</sup> Redenti, Enrico, op. cit., p. 130.

<sup>126</sup> Ibidem., p. 131.

de parte o "*iussuiudicis*"; la misma "*denuntiatio litis*" requiere el consentimiento del tercero y de los demás sujetos del compromiso. Y en cuanto al "*litisconsorcio*" necesario, si uno de los sujetos ausentes no está vinculado por acuerdo compromisorio, las partes no pueden obligarlo a intervenir y los árbitros pronunciarán un "*laudo e vano*", lo que no impide que el proceso se desarrolle.<sup>127</sup>

**3.3 La cláusula compromisoria.**- Una primera posición sobre este tema, sería la de quienes atribuyen efectos análogos a la cláusula y al compromiso, por el hecho de que las normas que atañen al nombramiento de los árbitros, al procedimiento, a la sentencia arbitral ("*rectius*"; laudo) y las impugnaciones, se refiere a ambos.

No obstante que Redentti afirma que la anterior es una opinión unánime,<sup>128</sup> más adelante enseña que no hay tal unanimidad sino discrepancia en cuanto a la naturaleza y estructura de cada uno y de los actos de que resultan.<sup>129</sup> ¿No es contradictorio que dos cosas diversas produzcan efectos idénticos? Se requiere disminuir la importancia de ello sosteniendo que la intuición de los prácticos suple la falta de certeza del pensamiento especulativo, lo que equivale a confesar que el acuerdo se realiza, sea como compromiso o como cláusula, aunque científicamente no se pueda precisar la diferencia.

Es el propio Redentti, en lo arriba citado, quien señala que de la cláusula no surge una obligación propiamente sino una sujeción. En realidad no se ve porque hay sujeción y no obligación. No es creíble que se quiere introducir el término carga, pero si tal fuera el propósito, como por la última se entiende un imperativo del propio interés y no la compulsión de la prestación ajena en beneficio propio, habrá que sostener que en la cláusula se origina, no una carga sino una obligación o un conjunto de prestaciones.<sup>130</sup> Además, ¿qué decir de la convención preliminar de compromiso? Según Barrio de Angelis, ésta se aparta de la cláusula porque no se refiere a conflictos futuros sino actuales. La convención preliminar de compromiso sería un acuerdo para diferir uno o varios conflictos actuales a un solo arbitraje futuro, acuerdo que puede ser necesario, facultativo o prohibido.

---

<sup>127</sup> Carnacini, tito, op. cit., pp. 107 a 11.

<sup>128</sup> Redentti, Enrico, op. Cit., p. 19

<sup>129</sup> Ibidem., p. 20.

<sup>130</sup> Barrio de Angelis, Dante, op. Cit. Pp. 34 y 76

Cualquier solución que se piense sobre estos extremos, de separar los casos y, consecuentemente, concluir en la diversidad entre compromisos, cláusula y convención preliminar.

Al limitar la observación hacia la cláusula, se ha hecho notar que se distingue del compromiso en que se trata de un acuerdo entre las partes, anterior a toda diferencia, de someter a los árbitros las que puedan ocurrir, mientras que el compromiso supone un litigio ya nacido, implica la determinación del litigio y la designación de los árbitros.<sup>131</sup>

No es pues caprichosa la separación, ni puede depender del arbitrio otra cosa que no sea la desaparición legal de alguna de estas figuras, en la inteligencia de que aun en el campo del Derecho positivo, la eliminación no resolvería sino omitiría los problemas. Así aconteció con la cláusula, que anulada en Francia de 1843 a 1925, ha vuelto a ser admitida,<sup>132</sup> si bien ha resultado el texto de la ley de 1925 que la cláusula no es válida después que el contrato comercial se ha perfeccionado o la disputa ha nacido, lo que no significa que en la práctica se restrinja la libertad de los contratantes para establecerla o revocarla en el momento de pactar, pero sí que nacido el conflicto sólo podrá celebrarse el compromiso.

La cláusula se justifica como tal para facilitar el arbitraje en el momento más adecuado de la convención, y en ello coinciden a través del tiempo y la distancia, Luis Cabrera en México y Jean Robert en Francia.<sup>133</sup> Surge cuando las partes no conocen el carácter exacto del litigio que pueda surgir, de modo que, por un lado, es bien difícil designar el árbitro adecuado y, por otro, resulta imprudente amedrentar a las partes con la determinación minuciosa de los requisitos y circunstancias del arbitraje meramente probable en esos momentos.

La colindancia de las tres figuras: cláusula, convención preliminar y compromiso, exige la precisión del momento en el que nace el conflicto, porque de ello depende la procedencia de cada una. Para Robert es éste un problema de hecho que debe dejarse a la apreciación de los jueces, sin embargo, puede decirse que cada vez que en la exposición de la

---

<sup>131</sup> Ibidem., P. 380.

<sup>132</sup> Robert, Jean, op. cit., p. 106

<sup>133</sup> Ibidem., p. 106.

cuestión aparezca una divergencia en cuanto a la interpretación de una cláusula contractual o de la prestación que implique, y que requiera la decisión de tercera persona, habrá nacido el litigio y la cláusula compromisoria no tendrá cabida.<sup>134</sup>

La cláusula es anterior a toda discrepancia, el convenio o el compromiso suponen que ha nacido el conflicto y se han designado los árbitros. Por ello se dice que la cláusula es un contrato preparatorio, carácter que no impide que en ella se estipulen los nombres de los árbitros y eventualmente los posibles litigios.

En realidad es factible arribar a un mínimo connotativo y limitar un máximo denotativo. La cláusula ha penetrado de lleno en las legislaciones internas por obra del comercio internacional. De un modo sistemático, los compradores se han visto sometidos al arbitraje de organismos establecidos en el país del vendedor que impone, así, la ley del contrato, según observación insospechable de Robert,<sup>135</sup> quien cita al efecto el caso de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París.

Corresponde, entonces, al análisis de la naturaleza del árbitro, la determinación impersonal, hecha a través de organismos, y a ese capítulo debe remitirse su estudio; pero debe quedar constancia de que una mención tal como la que señala cierta corporación, la directiva de un grupo, alguna colegiación profesional, y aun la precisión personal sujeta al riesgo de que el árbitro no llegue a aceptar o no pueda hacerlo por diversas causas, incluida la de su posible fallecimiento anterior al establecimiento del arbitraje como desarrollo procesal, no surte el mismo efecto de la designación en el compromiso, principalmente en lo que toca a su revocación. Hay una manifiesta diferencia entre señalar en la cláusula al tercero que debe arbitrar, y elaborar un acuerdo tripartita, en el sentido de que su perfeccionamiento se logra con la aceptación del designado. En la cláusula, ese tercero es ajeno y aun puede ignorar la existencia del convenio; en el compromiso, su aceptación es ineludible, por más que pueda efectuarla en actos sucesivos y no sea necesaria la simultaneidad.

---

<sup>134</sup> Ibidem., p. 108, Opiniones de la Barra Mexicana, p. 5.

<sup>135</sup> Ibidem., p. 92.

Si subjetivamente el límite se encuentra en la cantidad de participantes en el convenio, objetivamente, como lo indica Robert, aparece en la temporalidad del litigio: en su ausencia debe hablarse de cláusula, en su presencia de compromiso. Es verdad que, en casos excepcionales, la cláusula sola puede abrir paso al arbitraje, pero como luego se verá, más que resultados directos de la cláusula, son consecuencias de la intervención judicial que atendiendo a la necesidad u obligatoriedad del arbitraje, según quiera calificarse, provee a su constitución y aún a su desarrollo.

Un resumen de las diferencias entre cláusula y compromiso se encuentra en la confrontación que realiza Barrios de Angelis, pero es menester anticipar que algunas divergencias sólo aparecen en la legislación que analiza: la uruguaya; así, no cabe contrastar en México la solemnidad del compromiso, pero es exacto que la cláusula determina las partes de uno o más arbitrajes futuros mientras el compromiso señala las partes de un solo arbitraje actual. Barrios agrega: la cláusula fija genéricamente el objeto del arbitraje, estipula una clase de conflictos futuros, el compromiso especifica uno más litigios actuales; la cláusula no contiene necesariamente una sumisión porque ésta es la entrega de un conflicto a árbitros determinados (se ha visto que para Redentti, en cambio, la cláusula sí es una sujeción, aunque no una obligación), con todo, Barrios advierte que la cláusula implica renuncia al proceso judicial y que la designación de árbitros a través de ella no es efectiva, puesto que no elimina la posterior elección en el compromiso, el cual si contiene una sumisión particular. Respecto al arbitraje, la cláusula hace necesario el compromiso (ya se sabe, también, por qué Barrios prefiere la palabra necesidad a obligación o a forzoso) o los actos judiciales que le son equivalentes; el compromiso se concibe como una etapa arbitral a la que tiende la cláusula: el compromiso sería el preliminar del arbitraje y la cláusula lo anterior al preliminar.

En seguida, aumenta las diferencias, señalando que la cláusula no se agota en un solo juicio como el compromiso y subsiste mientras haya posibilidad de contiendas futuras, siempre que sean sobre su mismo objeto.

“La cláusula puede ser aducida como excepción o incidente en un proceso judicial, provocando la inhibición del oficio y eventualmente, la iniciación del arbitraje; el compromiso

provoca simplemente la inhibición. Estas diferencias no pueden sostenerse en el régimen mexicano, donde el compromiso produce según el artículo 620 del código procesal del Distrito Federal, las excepciones de incompetencia y litispendencia.<sup>136</sup> Por último, Barrios destaca que puede haber cláusula sin compromiso cuando la relación se agota sin conflictos o se procede al arbitraje necesario por vía coactiva, y puede haber compromiso sin cláusula en el arbitraje voluntario.<sup>137</sup> “

Por último, la cláusula ha sido distinguida del compromiso en la “Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras” celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958, cuyo artículo II expresa:

1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.<sup>138</sup>

**3.4 El compromiso.-** Las diferencias entre la cláusula y el compromiso son relativamente internas, esto es, corresponden al contenido y efectos del primer cuerpo de la estructura arbitral como, además, ha sucedido que la cláusula cayera en desuso por largos períodos, según se ha señalado antes, y la doctrina ha llegado a distinguir entre el arbitraje nacido de cada fuente, llamando obligatorio, forzoso o necesario al proveniente de la cláusula, resulta

---

<sup>136</sup> Opiniones de la Barra Mexicana, p. 221.

<sup>137</sup> Barrios de Angelis, Dante, op., cit., pp. 206 y 207.

<sup>138</sup> Naciones Unidas, op. Cit., Artículo II.

que en el fondo, al análisis de la naturaleza jurídica de ese primer cuerpo estructural, se ha centrado en el compromiso, y han sido especialmente sus caracteres los que han servido a Weill, autor del verdadero tono científico de la teoría contractualista según Ottolenghi,<sup>139</sup> para sostener su postura privatística.

Sin olvidar que el compromiso no es la única forma de ese primer cuerpo estructural del arbitraje y que, además de la cláusula y el convenio preliminar, podrían mencionarse casos de manifestación unilateral,<sup>140</sup> bien puede limitarse la atención a esa especie, tanto por ser la más completa, cuanto por ser la más discutida.

El compromiso, y eventualmente las otras formas citadas, da la tónica del problema arbitral, por más que las controversias doctrinales giren con la misma intensidad en torno al carácter de los árbitros o del laudo. Pero quizás todo dependa, por un lado, de la posibilidad de separar los cuerpos que integran la institución y, por otro, de precisar si el compromiso es la ocasión o la fuente del arbitraje.

Si voluntaria, espontáneamente, se recurre al arbitraje, ello supone, dice Weill,<sup>141</sup> que a pesar de sus diferencias, las partes están de acuerdo sobre tres puntos al menos: el procedimiento, los árbitros y el objeto del litigio. Significa esto que reconociendo su incapacidad para hacerse justicia ellas mismas, demandan que la imparcialidad de otro reemplace en esa medida su importancia \*. Demandan que los árbitros determinen en su lugar el objeto de su derecho y, no obstante las pretensiones respectivas, están de acuerdo en el fondo para querer una sola y misma cosa: lo que deba ser conforme al derecho o a la equidad. Si no se admite esta voluntad común y sólo se observa el contraste de pretensiones, vano será buscar el por qué de la elección de los árbitros, que bien puede ser la misión común emanada de sus pretensiones divergentes; en esa voluntad común se apoya la fuerza obligatoria del laudo, porque el deber de someterse a la decisión se ha admitido de antemano, este es el convenio que no existe en el proceso judicial, donde la voluntad estatal basta.

---

<sup>139</sup> Ottolenghi, Mauricio A., op. Cit., p.171

<sup>140</sup> Redenti, Enrico, op. cit., p. 135

<sup>141</sup> Weill, Lous, op. cit., p. 48.



En esos argumentos de difícil objeción se finca la ulterior construcción privatista del arbitraje, y ellos parecen estar implícitos en las definiciones de la corriente opuesta, según se ve en Robert al establecer que el compromiso es el acto por el que las partes afirman su voluntad de sustraer el litigio que les divide a la jurisdicción del derecho común, y por el que especifican las condiciones sobre las que debe regularse el conflicto por los árbitros designados. Tres puntos, entonces, sigue conteniendo el compromiso: la exposición del litigio, la designación de los árbitros y la afirmación de voluntad de hacerlo juzgar por ellos.

<sup>142</sup>

Cualquier acto que no contenga esos extremos no constituye un compromiso o es nulo como tal. Pero ese compromiso, y las reglas procesales vigentes no derogables por él, constituyen también, el programa obligatorio en cuyos términos los árbitros ejercerán su misión. Por consecuencia, aunque el resultado no parezca provenir de un adepto a la tesis jurisdiccionalista, el compromiso, dice Robert, siendo un contrato civil, se rige por las reglas generales de los contratos y por las especiales del Código de procedimientos.<sup>143</sup>

Es ahora cuando las dificultades para clasificarlo comienzan. Se trata de un acto complejo o compuesto, y en ello coinciden Carnelutti<sup>144</sup> y Redenti,<sup>145</sup> para acumular más autores. El nombre proviene del latín del derecho común, dice el último,<sup>146</sup> y de él deriva el verbo comprometer al arbitro y su consecuente aceptación. Es complejo, dice Carnelutti, porque contiene un acuerdo como punto de convergencia de intereses opuestos: la diferencia entre transacción y compromiso está en que la primera es el cauce de dos voluntades dominadas por el contraste de los intereses, y el compromiso es el acuerdo de dos voluntades impulsadas por un mismo interés, a pesar de que los compromitentes estén en *litis*, en contraste de intereses, porque al nombrar al árbitro surge el interés único en hacer que se juzgue la *litis*. La explicación recuerda la tesis de Weill, pero en Carnelutti desemboca en

---

<sup>142</sup> Robert, Jean, op. cit., p. 43.

\* Art.- 17 Constitucional E.U.M.

<sup>143</sup> Ibidem., p. 43,.

<sup>144</sup> Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 518

<sup>145</sup> Redenti, Enrico, op. cit., p. 14

<sup>146</sup> Ibidem., p. 12.

la noción de proceso, porque también los litigantes están interesados en encontrar al buen juez.

Como en el caso de la definición del proceso, aquí también ofrece Carnelutti una idea teológica que a él mismo le impulsa a aplicarla en la fórmula pericial o de contenido técnico. Así, por el contrato, dice, se compone el contraste entre comprador y vendedor, por el acuerdo, como medio para componerlo, no sólo se llega al arbitraje, también a la determinación del precio por tercero,<sup>147</sup> Ya que, la caracterización final no ofrece seguridad suficiente en las definiciones.

Pues bien, ese acto complejo y/o compuesto, indudablemente ofrece unidad, aunque sólo sea como documento. Tiene, como la cláusula compromisoria, un ciclo de vida. El del compromiso, al tenor de la exposición de Redentti,<sup>148</sup> se inicia con su perfeccionamiento, se desarrolla en el procedimiento y se cierra en el momento en que se decreta la ejecutoriedad del laudo; de tal manera que si como consecuencia de la impugnación el laudo llega a ser anulado, no revive el compromiso. Por su parte, la cláusula da lugar al juicio por su solo perfeccionamiento, sino a la posibilidad de procedimientos arbitrales en virtud, por lo menos de la proposición de cuestiones, y en el juicio de éstas no se agotará su vitalidad sino el ciclo episódico; pero al margen de éste podrán aparecer otras controversias y nuevos procedimientos, de modo que la anulación de un laudo “*ex cláusula*” conduce a la remisión del “*iudicium rescissorium*”, a nuevo procedimiento arbitral, por su temporalidad.

Que esto último sea factible en todos los sistemas es dudoso y el argumento de Weill al respecto sigue en pie, porque la razón fundamental del arbitraje, según su punto de vista, es la inhibición, tanto del juez, como de otros árbitros, dado que los primeros dejaron de serlo al emitir su decisión.<sup>149</sup>

Para Redentti, las disputas alrededor del carácter del compromiso tienen su explicación en el hecho de no haberse distinguido entre sus actos elementales. El primero de ellos le

---

<sup>147</sup> Carnelutti, Francesco, op. cit., p. 517

<sup>148</sup> Redentti, Enrico, op. cit., pp. 129

<sup>149</sup> Weill, Louis, op. cit., p. 98

parece fundado: cuando entre las partes es un contrato, de ahí la importancia de tomar en cuenta la habilidad de las partes, la formación del consentimiento, los vicios de voluntad y demás, Pero el otro elemento: su contenido, ya no le convence cuando se le califica de procesal, idea que ha llevado a algunos autores a comparar al compromiso con el “pactum de foro prorrogando”, Ni el compromiso ni la cláusula atañen a una situación particular del proceso sino al régimen de las acciones en sentido sustancial. Tienden a sustituir todo el proceso por un fenómeno similar pero diferente, y cuando se autoriza a los árbitros a decidir según equidad, pueden mudar la consistencia de los derechos discutidos.

La complejidad del compromiso exige que además de analizar el acuerdo entre las partes, se observe la relación entre ellas y el árbitro, que debe tener fuente distinta por su naturaleza, sin dejar de estar coordinada con el vínculo anterior. Hay entre ambas relaciones, distinción por las personas, por el objeto, que en el segundo caso es un encargo, los efectos que señalan las obligaciones de las partes frente a los árbitros y viceversa, en fin, se necesitan diversas declaraciones de voluntad: conferimiento y aceptación del encargo. Por todo ello, aunque en la doctrina italiana predomine la tesis contractual, no se ha resuelto el problema de su figura particular. Redenti recuerda de paso, que existen otros fenómenos análogos: pacto de nombrar y nombramiento de un administrador de bienes comunes, nombramiento del liquidador de una sociedad, etc.<sup>150</sup>

Ya antes se advirtió que las clasificaciones corrientes de la doctrina no son índice de las soluciones que pueden esperarse de los autores. Carnacini, que no duda en llamar al arbitraje institución jurisdiccional, respecto al compromiso claramente afirma que la doctrina procesalística está superada hace tiempo, entendiendo por tal la tesis que atribuía al compromiso el cometido de hacer las veces de la citación y comprendiendo la contestación de la litis. Carnacini estima que el elemento esencial que perfecciona el nacimiento de la relación procesal es la convergente y manifiesta voluntad de los árbitros nombrados, peculiaridad que no encuentra parangón en el juicio ordinario donde el juez está preconstituido y caracterizado por la función público – estatal.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> Redenti, enrico, op. cit., 23 26.

<sup>151</sup> Carnacini, Tito, op. cit., pp. 34 y 38

En cambio, en Uruguay, Barrios de Angelis expresa que en el compromiso se da unidad de las causas, un común interés en la resolución del conflicto y, por ende, no hay contrato sino acuerdo, concepción estructural a la que añade la funcional, por cuanto el compromiso no se agota en sí puesto que sirve para algo distinto, para la constitución del juicio que debe terminar en un laudo. Es pues, un presupuesto del juicio arbitral. Como acuerdo, el compromiso es aleatorio y como presupuesto es concurrente con la aceptación de los árbitros, momento en que cumple su fin inmediato: la constitución del arbitraje. Pero como el compromiso no cumple su ciclo sino con el laudo, es un acto de adhesión y de integración; lo primero porque las partes se acogen a un régimen de Derecho público que es el procesal, forma vacía que llena el contenido de las materias del conflicto, lo que da la función integrativa.<sup>152</sup>

Se diría que ahora los campos doctrinales están precisados. Un sector opina que el compromiso es un contrato, otro sostiene que es un acuerdo, y más específicamente, un acuerdo procesal dirigido a la modificación de la competencia, según la idea que, sobre la cláusula especialmente, ofrece Carnelutti.<sup>153</sup>

Distintos son los caminos seguidos por Barrios de Angelis y Carnelutti para negar la calidad de contrato al compromiso, pero ambos coinciden al calificarle de acuerdo. El argumento del primero consiste en advertir que para el Código Civil, en todo contrato oneroso es causa para obligarse cada parte contratante, la ventaja o provecho que le procura la otra, y en el gratuito, la causa se encuentra en la mera liberalidad del bienhechor. En el compromiso no puede hallarse ninguna de ellas porque la causa es única y común: el interés en resolver el conflicto.<sup>154</sup>

En su turno, Carnelutti parte de la diferencia entre controversia jurídica o litigio calificado por la pretensión de tutela dirigida a la norma material o a la sentencia dispositiva, y a la controversia económica como conflicto de intereses para cuya resolución el derecho remite exclusivamente al acuerdo entre de las partes, mientras las anteriores pueden resolverse

---

<sup>152</sup> Barrios de Angelis, Dante, op. cit., pp. 201

<sup>153</sup> Carnelutti, Francesco, op.cit., p. 562

<sup>154</sup> Barrios de Angelis, Dante, op. Cit., p. 201

sin ese acuerdo y por voluntad de una sola parte. La controversia jurídica será sometida al juez de no ser posible el arbitraje; la controversia económica da origen a un contraste que puede ser compuesto por contrato. Es así, como encuentra que la transacción es un contrato mientras el compromiso es un acuerdo ó especie de acto complejo. Son dos tipos de encuentro de voluntades, el acuerdo, a diferencia del contrato, no elimina el conflicto aunque pueda crear un medio de eliminarlo. La transacción como contrato agota la *litis*, el compromiso no. Para que la determinación sea contractual tiene que ser bilateral o idénticamente querida por los contratantes y manifestada. Es un hecho que el contraste de intereses se resuelve por el contrato, aunque a veces el contrato deja algunos temas de contraste sin resolver, representando una línea interrumpida que el arbitrador puede completar operando como juez. Hay, pues, en el arbitraje, un acuerdo para someter al juez elegido cierta controversia.<sup>155</sup>

El argumento de Barrios es más sorpresivo que consistente. Esa causa a que alude el código no es precisamente el antecedente de todo contrato, sino la presumible finalidad de los interesados. Sin embargo, si ha de buscarse tal causa final de una manera dogmática, bien puede decirse que el compromiso la exhibe, aunque aleatoriamente como el mismo Barrios lo ha apuntado, y consiste en la ventaja que procura la contraparte al someterse a la decisión de tercero. Se trata de un provecho indiscutible respecto al estado litigioso mismo, por más que no pueda decirse, vistas las complejidades del arbitraje, que sea una ventaja sobre el proceso judicial, por lo menos en todos los casos.

En lo relativo a la tesis de Carnelutti puede indicarse que si el desarrollo del razonamiento es sugerente, no es concluyente. Carnelutti no parte de un momento jurídico preciso sino que contrapone dos situaciones de ese momento. El conflicto económico no es contemporáneo del litigio, es decir, no nacen al mismo tiempo. Si la controversia económica origina un contraste, éste puede ser compuesto por el contrato, pero también pueden las voluntades encontrarse en un acuerdo para crear otro medio de eliminarlo. El litigio, entonces no es simultáneo; no con la controversia, no con el contrato, ni con el acuerdo.

---

<sup>155</sup> Carnelutti, Francesco, op. cit., pp. 513 y 520

Esto es, no resulta simultáneo necesariamente, porque producido el contraste, y no antes, cabe acudir al contrato y acuerdo para crear el medio de eliminarlo, lo que transporta al litigio más hacia el extremo. Y acontece que producido el acuerdo no se elimine el contraste y subsista el litigio o se presente por originarse en contraste, en el contrato y en el acuerdo. Sirve al caso el ejemplo de Carnelutti: si se conviene con el vecino en remitir a un tercero la determinación de la compensación que se debe por la convencional constitución de una servidumbre, esto que llama contraste es susceptible de figurar un litigio y la decisión judicial o arbitral. Si la determinación se compone por un contrato, su cumplimiento puede ocasionar un litigio, o puede ser motivo de un acuerdo de arbitraje; si no se celebra el acuerdo, el compromiso arbitral puede conducir a un litigio judicial.

#### 4. EL LAUDO

Las opiniones que anteceden, permiten sustentar la idea de que el arbitraje, compuesto por cuatro cuerpos estructurales, implican dos sectores de funcionamiento. El primero comprende la normatividad del compromiso y su desarrollo procedimental, que puede alcanzar la índole procesal cuando realmente accionen las partes y no se limiten a exponer el caso; el segundo se compone, se integra por acuerdo y la cláusula compromisoria y laudo

Cuanto Weill tiene argumentado sobre la naturaleza contractual del arbitraje se apoya en el compromiso, de ahí que, si se traspone el umbral de la decisión, la tesis pierde apoyo. Una revista sintética de sus razonamientos prueba lo aseverado. El laudo en el derecho romano clásico no tenía, dice, ni autoridad ni fuerza ejecutoria, las partes podían llevar al juez ordinario el objeto de su litigio y sólo, si habían tenido la precaución de estipular una pena determinada, por vía de acción "*ex stipulatu*", podían perseguir el pago de la misma. Se aseguró así, indirectamente, el respeto al laudo. Bien, pero ello no justifica la calificación de acto convencional, primero porque en diversos sistemas se ha conocido la sentencia inejecutable directamente, cual sucede con los fallos contra el Estado y más específicamente los pronunciamientos en México del Extribunal Fiscal de la Federación. Después, porque entre ejecución y obligación hay indiscutible diferencia, la inaplicabilidad de la coacción no resta validez y obligatoriedad al laudo.

Los árbitros carecen de potestad para compeler a terceros y testigos, dice en otra parte, para ejecutar por sí mismos los laudos, aunque a este respecto "Coutume de Bretagne", que hacía salvedad para el caso en que los árbitros tuvieran en su poder la cosa litigiosa. Todavía agrega que los árbitros no pueden auxiliarse de los jueces en Francia, para efectuar actos compulsivos. Aún dentro de las limitaciones dogmáticas que invoca Weill, la cuestión sigue siendo de distinción entre jurisdicción y ejecución, porque no se discute que los árbitros puedan proceder a instruir el proceso y a decidir en derecho o en equidad, sino que carecen de potestad ejecutiva.

Pero fuera de estas circunstancias que, propiamente atañen al árbitro y no al laudo mismo, Weill ofrece sus mejores argumentos al sostener que éste no es sentencia propiamente dicha. Laudo y sentencia sólo tienen para él, un punto de coincidencia: los intereses privados susceptibles de decisión, pero esta comunidad le parece insuficiente para asimilarlos, porque existen otras diversas figuras en que un tercero interviene en la solución: los peritos desde luego, los terceros que fijan el precio de la venta, y en auxilio de su tesis podrían mencionarse los demás sujetos a que alude Redentti. Sin apelar ahora a las explicaciones ya vistas de Carnelutti, por considerarlas inadecuadas puede señalarse que entre el laudo y las restantes producciones de esos terceros hay una diferencia esencial: el proceso. Y cuando en el arbitraje no existe proceso sino procedimiento más o menos complicado o extenso, todavía queda el hecho de que el laudo es, como la sentencia, una interpretación imperativa de tercero, sobre pretensiones contrapuestas de las partes.

A partir de la discrepancia jurídica, llámesele litigio o simple contraste, porque ello poco influye en la decisión del problema, los sujetos pueden acudir a un tercero para:

- a) Que estipule la obligación, ó
- b) Para que de entre las afirmaciones opuestas, total o parcialmente, de los interesados, infiera la solución válida.
- c) En el primer supuesto (a), el tercero opina libremente; en la hipótesis (b), el tercero concluye dialécticamente. Aunque cada parte quiera una solución especial, el perito que es llamado para dictaminar se basa en su ciencia ó técnica, el fijador del precio puede desconocer el deseo de las partes, ignorar la cuantía que cada una busque y expresar su criterio de manera espontánea. Pero el árbitro, como el juez, al decidir infiere a partir de dos órdenes de pretensiones. Son éstas no sólo la causa sino la fuente de lo decidido, aunque no el por qué del sentido de la decisión que cabe ubicar en la ley o la equidad. Sin la dualidad de pretensiones no hay laudo ni sentencia, mas es factible un problema que puede someterse a la pericia.

Desde luego, la tringularidad de personas permite a Redentti mencionar al depositario convencional, al liquidador social, al administrador común, etc., pero estas figuras son más



fácilmente distinguibles del árbitro, porque no resuelven la oposición de pretensiones jurídicas.

La función de juzgar, punto de comparación tantas veces elegido que ha llegado a confundirse en las leyes, la jurisprudencia y la doctrina, es sin embargo precisa y clara: la interpretación entre dos pretensiones. Algunas veces la precederá un procedimiento más o menos largo que puede alcanzar la estructura del proceso, otras bastará el simple conocimiento de las pretensiones opuestas; pero ni el Alcalde de Zalamea sentenció sino que resolvió,<sup>156</sup> ni el árbitro designado por la parte deja de emitir un laudo por ser parcial, pues aquí el problema es otro: la parcialidad del juez, no la función de decidir sobre la dualidad de pretensiones.<sup>157</sup>

Weill recurre a todos los medios discursivos para sostener que el laudo no es sentencia y llega hasta revisar las reglas del procedimiento para demostrar que no son las formas establecidas para los tribunales, porque en el arbitraje no hay publicidad de las audiencias en un lugar determinado, argumento que se antoja circunstancial y deleznable, porque nada impide que la ley llegue a prever esa publicidad, aun cuando sea para fines didácticos como aconteció en cierto proyecto para los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México;<sup>158</sup> de otro lado, en el proceso civil existen disposiciones que imponen el secreto.<sup>159</sup> Los árbitros, dice, no tienen poderes para disciplinar las mismas audiencias, correcciones o medidas de policía de las audiencias que, por un lado, constituyen un argumento semejante al anterior e igualmente discutible y, por otro, caen ya en las potestades ejecutivas antes observadas.<sup>160</sup>

Los árbitros deben instruir en común y no pueden delegarse atribuciones, cuestión que ya las leyes y la doctrina han resuelto en sentido contrario.<sup>161</sup> No pueden resolver sobre una

---

<sup>156</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: *Estampas procesales de la literatura española*, E.J.E.A., p. 106

<sup>157</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: *El antagonismo juzgador partes: situaciones intermedias y dudosas*, "Estrato dagli Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", Cedam, p. 18

<sup>158</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto: Proyecto de ordenanza relativa a los servicios de información jurídica y al desempeño de funciones arbitrales por los seminarios de la escuela Nacional de Jurisprudencia de México, "Revista de la Facultad de Derecho de México", tomo I, núms. 1-2, p. 444, artículo, 26 segundo párrafo.

<sup>159</sup> Artículo 59 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal y territorios en vigor.

<sup>160</sup> Weill, Louis, op. cit., pp. 32 y ss

<sup>161</sup> Ibidem., pp. 32 y ss

demanda adicional a menos que sea accesoria de la principal, problema que se ha visto con Carnacini solucionado en sentido adverso a Weill, así sea dentro de los límites señalados.<sup>162</sup> No pueden decidir sobre una reconvencción a menos que tienda a la compensación y no constituya un medio de defensa; por varias razones la tesis es insostenible: primero, porque en las leyes vigentes se admite que las partes convengan en la procedencia de la reconvencción, segundo porque si la reconvencción puede en ciertas condiciones producir efectos compensatorios, no es compensación, y tercero porque la reconvencción es una pretensión autónoma y la compensación es una defensa sustantiva<sup>163</sup>. La intervención de un tercero no es procedente sino con el consentimiento de árbitros y las partes, lo que equivale a nuevo compromiso; de acuerdo, pero ello en nada afecta a la naturaleza del laudo y sólo confirma que funcionalmente, los dos primeros cuerpos, compromiso y procedimiento, forman una misma sección. No están obligados a seguir las formas rigurosas de la deliberación y no pueden elegir un tercero en caso de desacuerdo, sino con el consentimiento previo de las partes; también cabe aceptarlo, dentro de sus circunstancias legales, pero continúa sin afectar la esencia del laudo.<sup>164</sup>

Como en otros autores, se encuentra en Weill la confusión entre procedimiento y laudo, cuando destaca que las partes pueden dispensar a los árbitros de seguir las reglas legales de manera más o menos absoluta, autorizándolos a decidir en equidad y sin formalidad, a condición de respetar el orden público. Ya se ha puntualizado que no puede confundirse el procedimiento convencional con la decisión en equidad. El primero será siempre una normatividad preestablecida, sea por las partes, por los árbitros o, supletoriamente, por la ley. La segunda, como lo estableciera Calamandre, <sup>165</sup> consiste en la simultánea creación de la norma y la resolución. Seguir un procedimiento en equidad sería absurdo, porque implicaría la instancia de una secuencia sin conocer ni en qué consistía la instancia, ni cómo se eslabonaba la secuencia. Lo que se quiere mencionar con el procedimiento convencional es la mayor o menor formalidad, la estipulación de los plazos, la alteración de

---

<sup>162</sup> Ibidem., pp. 32 y ss

<sup>163</sup> Alsina, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, Bs. As. 1942, t. II, pp. 153 y ss.

<sup>164</sup> Weill, Louis, op. cit., p. 33.

<sup>165</sup> Calamandre, Piero, *Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo Código*, Depalma, Bs. As. 1943, pp. 37y ss

los modos legales de proceder, pero jamás el dejar al azar o al capricho del árbitro lo que debe hacerse, cuándo y cómo. <sup>166</sup>

Antes de concluir con Weill, de cuyo razonamientos se han mencionado sólo algunos, entre los que resultan más impresionantes, es pertinente señalar que en su obra se concede la importancia que tiene al principio y verdaderamente informativo del proceso: la bilateralidad de la instancia, aunque con propósitos diversos a la causa jurisdiccionalista del arbitraje. Weill apunta que las partes no pueden convenir en que los árbitros juzguen sin haberles oído. <sup>167</sup> Ahora bien, el caso amerita algunas aclaraciones, la primera y fundamental, radica en la diferencia entre bilateralidad de la instancia y bilateralidad de la audiencia, En el arbitraje con procedimiento simple: presentación del compromiso donde figura la “*litis contestatio*”, y eventualmente algunas memorias y pruebas, la bilateralidad de la audiencia responde a la dualidad de pretensiones y es lo que justifica la naturaleza del laudo como sentencia. Pero en ese arbitraje de procedimiento convencional, no hay proceso. Para que éste se configure, es menester la bilateralidad de la instancia, el doble juego: acción y reacción. Bastará un ejemplo para verificar lo anterior: Carnacini cita el caso del presunto reconocimiento de las escrituras privadas producidas contra el contumaz, que exige la plena comprobación de este carácter atribuido a la parte. <sup>168</sup>

Si en la doctrina se discute la existencia de la contumacia en el proceso arbitral, <sup>169</sup> no es tanto por su posibilidad teórica, sino porque, a semejanza de lo que en México sucede con la aplicación del artículo 479 de la Ley Federal del Trabajo, que indebidamente califica de desistimiento de la acción a la falta de promoción en la plaza de tres meses, siempre que sea necesaria para la continuación del procedimiento, lo que sucede es que tomando en cuenta el procedimiento arbitral convencional y simplificado a que se han hecho tantas alusiones, o la obligación de las Juntas de impulsar de oficio el proceso laboral, la contumacia resulta fuera de lugar.

---

<sup>166</sup> Weill, Louis, op. cit., pp. 34 y 35

<sup>167</sup> Ibidem. p. 35, nota 1.

<sup>168</sup> Carnacini, Tito, op. cit., p. 51

<sup>169</sup> Ibidem., p. 196

Pero si por la índole de las cuestiones que incluye el compromiso, se hace necesario un desarrollo procesal y no simplemente procedimental, y surgen durante el casos que darían lugar a su anulación como el nombramiento de un árbitro tercero sin la prevista voluntad de las partes, o la intervención judicial, o bien cuando los árbitros deciden fuera del plazo entonces, como dicha nulidad puede ser sanable, si pasa la oportunidad procesal sin que la parte haga valer su impugnación, opera la preclusión, propia del instar procesal.<sup>170</sup>

La bilateralidad de la audiencia responde a la duplicidad de pretensiones, presupuesto ineliminable de cualquier pronunciamiento, llámesele laudo arbitral, sentencia judicial o declaración administrativa en materia de marcas y patentes.<sup>171</sup> No podrá pronunciar el tercero sin conocer, sin oír las pretensiones de ambas partes, aunque su fallo sea en conciencia: a verdad sabida según el artículo 21 del Título especial de la Justicia de paz en el Código vigente del D. F. o en equidad en la amigable composición que autoriza el 628 del mismo para los árbitros. Es esa bilateralidad de la audiencia a la que se refiere la parte final del artículo 619 del Código procesal, cuando ordena que cualquiera que fuere el pacto en contrario, los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos si cualquiera de las partes lo pidiere.

En cambio, la bilateralidad de la instancia queda prácticamente eliminada en la primera parte, cuando el artículo faculta a las partes y a los árbitros para seguir en el procedimiento los plazos y las formas establecidos para los tribunales, a menos que las partes convengan otra cosa, porque esto último conduce cabalmente a la posibilidad de un procedimiento simple, sin accionar procesal. Y esto es lo que acontece en gran parte de los arbitrajes, al grado que la ley señala de los recursos en el artículo 632, al referirse a la ejecución del laudo y expresamente establece que si hubiere lugar a alguno, lo admitirá el juez que recibió los autos y remitirá éstos al Tribunal superior, es decir, cuando el procedimiento ha terminado

El laudo, pues, resulta la obra intelectual de un tercero que, contra lo tomado en cuenta por Weill, puede ser quien no instruyó el proceso. En efecto, la mayor parte de la doctrina pasa por alto la diferencia entre el tercer árbitro y el árbitro tercero; pero Robert se ha empeñado

---

<sup>170</sup> Robert, Jean, op. cit., p. 170.

<sup>171</sup> Ibidem., p. 165.

en precisar que el tercer árbitro, cuya intervención prevén los artículos 1017 y siguientes del Código de procedimientos civiles francés, es el designado para poner fin a la discrepancia de los previamente designados que, obvio es apuntarlo, pueden ser en número par.<sup>172</sup> Ese tercer árbitro, a diferencia del árbitro tercero, no instruye el procedimiento y su cometido se limita a resolver el estado de discrepancia que existe entre los preconstituidos respecto al contenido del laudo. El árbitro tercero es adjunto, comparte con todos el colegio desde la iniciación del arbitraje. El tercer árbitro es designado después y no antes de la deliberación que conduce al desacuerdo. Al margen de este problema, Robert menciona el caso en que el tercer árbitro emita una opinión también en desacuerdo con las expuestas por los preconstituidos, lo que llevaría a la terminación del compromiso sin laudo.<sup>173</sup>

**4.I La ejecución.-** El sector funcional que integra la segunda parte del arbitraje tiende a la realización coactiva y coercitiva del laudo, sea porque los comprometidos no lo cumplen espontáneamente o porque un tercero con interés lo persiga,<sup>174</sup> o porque las cortes lo determinen como equivalente de sentencia (homologación); queda supuesta la circunstancia de que el laudo sea susceptible de ejecución, porque basta pensar en la declaración de certeza negativa que se limita a anular, para comprender que la ejecución es improcedente. En lo que respecta, por ende, a los laudos ejecutables, la controversia sobre su naturaleza jurídica hace crisis.

Constantemente se argumenta que el árbitro no puede ejecutar como, en general, no puede ejercer compulsión sobre las partes o terceros, lo que no prejuzga sobre su facultad de aplicar la típica sanción procesal que es la contumacia. De ahí se desplaza la cuestión hacia la índole del laudo mismo. Cuando frente al tema de la impugnación, Weill sostiene que el árbitro no es juez de primera instancia porque no se encuentra entre él y el tribunal de apelación la relación constante entre los dos grados<sup>175</sup>, no hace sino develar la cuestión del laudo: su impugnabilidad.

Todo cuanto se pruebe acerca de las relaciones de Derecho privado entre los comprometidos y el árbitro, resulta insuficiente ante la condición pública del laudo. Las dos

---

<sup>172</sup> Ibidem., p. 165.

<sup>173</sup> Ibidem., pp. 168 y 169.

<sup>174</sup> Carnacini, tito, op. cit., p. 170

<sup>175</sup> Weill, Louis, op. cit., p. 40

fases que en él se advierten, llevan a esta conclusión: es decisión pública en cuanto recurrible, y es decisión pública en cuanto título ejecutorio. Si el laudo es apelable, dice Weill, se debe a que el soberano quiere asegurar a los justiciables las garantías de una mejor justicia, lo que no siempre concede.<sup>176</sup> Descartada la suplicación, dice, por haberla introducido el legislador francés de manera imprevista, la apelación se debe a circunstancias políticas porque no se puede recurrir convención. Es una singularidad que se explica racionalmente puesto que los árbitros deciden en lo que no tienen competencia técnica ni experiencia, de donde resulta natural que se conceda a las partes si lo reclaman, la garantía de un nuevo examen ante los jueces ordinarios.<sup>177</sup>

La tesis se quiebra sin presión externa, porque no se pregunta la razón de conceder el medio impugnativo, sino la explicación de por qué un llamado convenio es recurrible. Ningún acto de particular, que constituya relación privada, puede ser materia de impugnación sino de acción. La obligación se persigue y excepciona, pero no se recurre. Sólo el acto público es susceptible de impugnación, porque su fuerza vinculante es heterónoma porque nadie puede imponer prestaciones a otro sin su voluntad a menos de recibir una potestad de la ley. El laudo es, entonces, una decisión sobre pretensiones controvertidas, que tiene la autoridad de un acto público. Y no es necesario recordar los argumentos respecto a las actividades públicas de los sujetos privados, como el voto o el fallo del jurado popular.<sup>178</sup>

El problema subsiste, Redentti lo recuerda así: se ha objetado que de actos contratos entre sujetos particulares, no pueden provenir atribuciones públicas que implican actos de autoridad. Al ser un acto de autoridad es en México, impugnabile por la vía del amparo. Se ofrece también una solución que más parece una transacción: el laudo es una actividad lógica y para hacer de él un subrogado de una sentencia, el ordenamiento ocurre al decreto judicial. Pero a esta opinión, a más de enfrentarle el caso de legislaciones en que el laudo

---

<sup>176</sup> Ibidem., p. 41.

<sup>177</sup> Ibidem., pp. 61 y 62

<sup>178</sup> Sodi, Federico, *El jurado resuelve*, Ediciones Oasis, México 1971, pp. 28 y 29.

no requiere homologación o *exequátur*,<sup>179</sup> se contesta que el decreto de ejecutoriedad es mero control póstumo y extrínseco, el contenido de la decisión proviene de los árbitros y de ello se infiere que de un acto contrato privado pueden originarse las atribuciones públicas por ser un caso “*sui generis*” en que la autoridad pública interviene “*ex post ipso*”. Redenti reconoce que ninguna de estas tesis es convincente y que versan en el asunto cuestiones de importancia práctica, y le parece atendible que el encargo y actividad del árbitro sea susceptible de reconocimiento y consagración estatales por su resultado. El decreto atribuiría al laudo el carácter de acto de una sentencia judicial, lo que explica su complejidad y naturaleza compuesta.<sup>180</sup>

En lo relativo a la segunda fase, Weill considera que no existe incompatibilidad entre el carácter privado del laudo y su ejecutoriedad, porque aquí, simplemente se han derogado reglas de derecho común relativas a los convenios, la ejecución directa del laudo obedece a la ordenanza judicial y resulta un privilegio excepcional.<sup>181</sup> Vuelve a romper el contenido su continente, porque pesa demasiado el problema para tan endeble solución con que se le envuelve. ¿Por qué el privilegio excepcional? Esta es la pregunta, y no a aquella de ¿en qué consiste la ejecución? Su impugnabilidad y su ejecutoriedad son, en el fondo, los dos efectos de su índole pública. Y la respuesta no puede ser sino una: la decisión del árbitro recibe su fuerza jurídica de la Ley. El encargo provendrá de las partes y cabrá hablar de mandato conjuntivo o programa procedimental; pero una vez llegado a su sección final, estructuralmente formada por la decisión y la ejecución, el arbitraje entra de lleno en el orden público.

¿Cómo es posible que valga para terceros en ciertas condiciones? ¿Cómo es posible su ejecución extraterritorial? El laudo, aunque calificado en Francia como acto privado, porque de otro modo se le negaría ejecución,<sup>182</sup> es producto de una atribución pública. Mientras el proceso arbitral puede ser netamente privado, y es factible que se llegue al laudo sin mediar otra cosa que procedimiento convencional, la decisión, sea en equidad o en derecho, es acto público.

---

<sup>179</sup> Weill, Louis. op. cit., pp. 172 a 181

<sup>180</sup> Redenti, Enrico, op. cit., pp. 37 a 41.

<sup>181</sup> Ibidem, pp. 63 y 64.

<sup>182</sup> Weill, Louis, op. cit., p. 181.

Ni el acto contrato privado viene a ser la fuente, sino el motivo de la decisión, ni hay como quiere Carnelutti,<sup>183</sup> una mezcla de juicio lógico con decreto judicial. Ese milagro no es aceptable porque como quiera entenderse el agregado, cada elemento conservaría su naturaleza y no podría conducir a un acto complejo, sería siempre el ficticio añadido de dos actos. El laudo vale por sí y es susceptible de ejecutarse por sí. En otra forma dicho, el laudo no es título ejecutivo sino ejecutorio.<sup>184</sup>

Queda un punto de hecho; en naciones como Francia, donde el laudo extranjero no recibiría el valor de ser considerado verdadera sentencia, al grado de que Weill sostiene que cuando en el arbitraje interviene la autoridad, por cualquier motivo, sea a causa del compromiso del procedimiento o del laudo, resulta inejecutable como proveniente de autoridad, la conclusión de que el laudo es acto público redundaría en perjuicio del arbitraje privado. Ello es prácticamente un escollo, pero teóricamente nada prueba, porque sea como acto privado o público, su función ejecutiva es realizable. Entonces, calificaciones jurisprudenciales diversas no harán que pierda su naturaleza un acto que en Francia es privado, más por razones de política jurídica que teóricas. Son estas combinaciones de la normatividad privada del compromiso y normatividad pública del laudo, lo que facilita su exposición institucional.

## **4.2. CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ÁRBITRO EN MÉXICO**

El procedimiento tradicionalmente seguido para ejecutar las resoluciones de las instancias de justicia alternativa ya no exige la homologación (SU SENTENCIA) previa de sus decisiones ante un juez, con la finalidad de que este las haga suyas para lograr su cumplimiento forzado en la vía correspondiente. Ahora, tal requisito no es necesario, pero la decisión incorpora la procedencia del juicio de amparo en contra de sus determinaciones, lo que genera que pese a declinar su intervención, los particulares finalmente arriben a los tribunales, lo que se trató de evitar desde un inicio el acudir al conciliador o árbitro. La

---

<sup>183</sup> Carnelutti, Francisco, op. cit., p. 458

<sup>184</sup> Liebman, Tullio, Sobre el juicio ejecutivo, en "*Estudios en honor de Hugo Alsina*", p. 395



coyuntura anterior conlleva a agotar un número indeterminado de instancias para hacer efectivas sus decisiones, invalidando así la principal característica de los medios alternos de resolución de conflictos, la celeridad en la solución de las controversias sometidas a su conocimiento. Con ello se retrocede en la aspiración de alcanzar justicia como lo ordena el texto fundamental.

### 4.3 EL LAUDO

Debido a que ahora se sostiene que las resoluciones de los árbitros tienen carácter jurisdiccional y atributo de imperatividad y definitividad, porque afectan la esfera legal de los gobernados sin necesidad de su consenso ni de acudir a los órganos judiciales, se posibilita su impugnación mediante el juicio de amparo, debido a la naturaleza de este medio de control de constitucionalidad asequible contra actos autoritarios.

Según el Diccionario de derecho,<sup>185</sup> la noción de autoridad implica la potestad legalmente conferida y recibida para ejercer una función pública; dictar resoluciones cuya obediencia resulta indeclinable bajo la amenaza de una sanción y la posibilidad legal de su ejecución forzosa, en caso necesario. También se denomina así a la persona u organismo que ejerce dicha potestad. Por tanto, será acto de autoridad o autoritario aquel que realiza un servidor público o agente estatal en cumplimiento de sus funciones y dentro de la esfera de sus atribuciones.

El Diccionario de derecho procesal civil<sup>186</sup> refiere que el vocablo tiene diversas acepciones:

- a) Fuerza jurídica que dimana de la ley o la costumbre
- b) Fuerza lógica o científica que tienen las doctrinas de los jurisconsultos
- c) Facultad o potestad de que goza una persona para hacer alguna cosa u ordenar algo
- d) Persona o personas en quienes reside el poder público

---

<sup>185</sup> Pina, Rafael de y Piña Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, pp. 52 y 117.

<sup>186</sup> Cfr. Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, p. 111.

- e) Potestad que tiene una persona sobre otra
- f) Fuerza valor y trascendencia de la cosa juzgada

Bajo esquema similar, el Diccionario de Vocabulario jurídico <sup>187</sup> estima como tal:

- a) El derecho de mandar
- b) Un órgano investido de poder de mando
- c) La fuerza obligatoria de un acto emanado de un órgano de autoridad
- d) Un régimen en el cual la voluntad de los dirigentes prevalece sobre la de los ciudadanos.

El Diccionario jurídico Abeledo-Perrot <sup>188</sup> establece que con independencia de la fuente que la origine, habrá siempre autoridad en todos los casos en que una persona ejerza un poder o facultad sobre otras penas u objetos.

El diccionario para juristas de Juan Manuel Palomar <sup>189</sup> relaciona diversas acepciones del vocablo. Entre ellas resultan de interés para el tema en estudio las siguientes:

- a) Facultad o potestad
- b) Poder que una persona tiene sobre otra que le está subordinada
- c) Persona revestida de poder, mando o magistratura
- d) Personas que ejerciendo actos públicos disponen de la fuerza pública para hacer cumplir determinaciones.

Andrés Serra Rojas <sup>190</sup> considera como tal la persona revestida de poder propio de mando derivado del desempeño de una función pública en la medida y límites que la ley establece. Autoridad no sólo será la que decide legalmente, sino también aquella que ejecuta de acuerdo con sus funciones.

---

<sup>187</sup> Vocabulario jurídico, Pp. 70 y 71

<sup>188</sup> Garrone, José Alberto, Diccionario jurídico., Nota 590 p.217

<sup>189</sup> Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para juristas, tomo I, México, Porrúa, 2000. pp. 164 y 165

<sup>190</sup> Serra Rojas, Andrés, Derecho administrativo, tomo I, 6ª ed, México, Porrúa, 1974, p. 269.

Miguel Acosta Romero <sup>191</sup> con términos coincidentes a los expresados por Andrés Serra Rojas y Gabino Fraga señala como autoridad a todo órgano del estado que tiene atribuidas facultades de decisión o de ejecución por el orden jurídico, o alguna de ellas por separado.

Si contrastamos las características anteriores con las notas esenciales de la actuación del árbitro administrativo, pueden encontrarse coincidencias evidentes. A saber:

- La CONAMED, la PROFECO y la CONDUSEF forman parte del Estado: la CONAMED es órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Salud. La PROFECO es organismo descentralizado sectorizado a la Secretaría de Economía. La CONDUSEF es organismo descentralizado sectorizado a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Todas cuentan con facultades delegadas en las normas que los crean para desarrollar la función jurisdiccional en nombre del estado.
- Los laudos que emiten o los acuerdos conciliatorios que ante ellas se suscriben determinan la afectación de los derechos de las partes.

Luego parece razonable que la Corte equipare sus resoluciones con actos procedentes de autoridad, aun y cuando sean pronunciados previo impulso de los particulares que acuden a sus procedimientos. Empero, ello no justifica que necesariamente tengan o deban ser recurribles en amparo. No todos los actos provenientes de autoridad quedan sujetos al escrutinio del Poder Judicial de la Federación. Aún estimando correcta la resolución del alto tribunal, la postura sigue propugnando por la improcedencia del control constitucional de los actos con los que el árbitro pone fin a un conflicto entre particulares.

Estos medios alternos de solución de controversias son una oportunidad adicional a los juicios comunes, pero no dentro del poder judicial sino del ejecutivo.

---

<sup>191</sup> Acosta Romero, Miguel, Derecho administrativo. Nota 501, p. 853

El laudo tiene valor o prueba muy importante en el caso de acudir a los tribunales judiciales con lo que la sentencia puede agregar cargos al inicialmente perdedor.

#### **4.4 AMPARO CONTRA LA CONCILIACIÓN**

Adicionalmente a los criterios que involucran las decisiones del árbitro y su recurribilidad en juicio de amparo, en fecha reciente, un tribunal colegiado del primer circuito determinó que las instancias alternas de resolución de conflictos son autoridades no sólo cuando emiten laudos, sino en cualquier etapa de los procedimientos a su cargo. A guisa de ejemplo, a partir de que un particular presenta queja administrativa por probables irregularidades médicas ante la CONAMED, la resolución que cierra la etapa como no-conciliada es susceptible de recurrirse al amparo, pese a que los procedimientos de gestión y conciliación sean seguidos a voluntad de parte, no haya existido disposición para comparecer o para llegar a acuerdo alguno, y mucho menos concurren actos autoritarios tendientes a tal finalidad.

## 5. OTROS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En un amplio sector jurista la mediación y conciliación en lo operativo y lo sustancial es casi lo mismo en su significado.

En la mediación no hay tal ganador –como no hay perdedor– sino que las partes en conflicto llegan a una solución amigable los conflictos se solucionan con mayor rapidez, en un ambiente de mayor confidencialidad y con mayor flexibilidad en las soluciones personalizadas, sin embargo también revelan sus problemáticas: ¿no se minimizará el proceso judicial? ¿Qué pasa si una parte lleva una ventaja en cuanto a sus relaciones de poder y –como consecuencia– su capacidad de negociar? ¿Cómo se garantiza que la persona mediador sea imparcial?

Desde sus diferentes ángulos, algunos autores dan respuestas a estas preguntas. Al no ser una figura obligatoria, la mediación o conciliación seguirá siendo un complemento al sistema judicial. El desequilibrio entre las partes siempre existirá, pero por lo mismo es tan importante capacitar personas en la negociación para que detecten intereses comunes, aquí las partes se ponen de acuerdo, en lugar de llegar a un proceso judicial, el cual muchas veces no se acaba con la sentencia, aunque la ONU ya reconoció oficialmente la importancia de la mediación y recomienda a sus miembros incorporar su “ley modelo” en las legislaciones nacionales. Sin embargo, aunque en México existen disposiciones similares, la cultura de la mediación no está muy presente.

El problema reside en la falta de capacitación tanto del personal de la justicia, ¿Qué características deben tener los mediadores y conciliadores?

Existen diversos mecanismos de solución de controversias para resolver los conflictos derivados de la conducta humana, así pues las diversas denominaciones que encontramos son:

1. Mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC).

2. Solución alternativa de controversias (SAC).
3. Resolución alternativa de controversias.
4. Justicia alternativa
5. Alternative dispute resolution (ADR).<sup>192</sup>
6. Técnicas alternativas de resolución de conflictos. (TACR)<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> Azar Manssur, Cecilia, “Mediación y Conciliación en México, Dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar” Brevarios Jurídicos, núm. 11, México, Porrúa 2003, p. 10

<sup>193</sup> Ruíz Guridi, Lorena, “la mediación”, en Revista de Derecho de la universidad Católica de la Santísima Concepción, núm. 11, 2003, Chile, p. 150.

## 6.- LAS APARENTES DIFERENCIAS ENTRE CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN

“En la mediación interviene un tercero imparcial, el mediador, cuya finalidad es tratar de restablecer, favorecer, estimular y propiciar el diálogo y la comunicación entre las partes para que consigan, por si mismas, llegar a un acuerdo”.<sup>194</sup>

En la mediación y la conciliación las partes son asistidas por un tercero que facilita la comunicación entre ellas y las apoya en la construcción de un arreglo. Existe numerosa doctrina en relación con ambas figuras y grandes discursos en torno a la diferencia entre una y la otra.

Por ejemplo, una tendencia muy fuerte es considerar que la labor del mediador es sólo facilitar la comunicación entre las partes, hacer que suceda que hasta entonces no era posible, **dialogar**. El mediador permite que las partes encuentren un punto de comunicación, las asiste escuchándolas, repasando sus planteamientos, validando la expresión de sus sentimientos y ayudándolas a llegar a un acuerdo. Esta tendencia prohíbe rotundamente al mediador proponer soluciones que él considere aplicables ni dar puntos de vista personales de cómo puede alcanzarse el arreglo. Para ello, existe el conciliador, opinan quienes defienden esta postura. El conciliador si puede asumir un papel más activo y hacer propuestas concretas a las partes.

Aunque existen diferencias en la concepción, definición del mediador o conciliador, estas dos figuras (algunos consideran que la diferencia es justamente la opuesta, el mediador propone soluciones y el conciliador es más pasivo), la tendencia comentada en el párrafo anterior es la más comúnmente aceptada. Aunque debemos aceptar que debe ser muy complicado para la persona que actúa como tercero neutral evitar rebasar una línea tan fina. ¿Qué tan posible es tener la investidura de mediador, enfrentar a dos partes de un conflicto? ¿Es realmente una línea divisoria que necesitamos estrictamente conservar?

---

<sup>194</sup> Alcalde Villegrasa, Carlos, et. Al., La mediación en ABZ Información y análisis jurídicos, núm. 137, año 7 2001, p. 31

Hay muchas respuestas a este respecto, muchas creencias sólidas sobre la importancia de mantener separadas estas figuras bajo el criterio del comportamiento y función del tercero neutral en cuestión. Azar Manssur establece que debemos tratarlas como sinónimos, que el mediador o conciliador debe preguntar libremente (al inicio del procedimiento por ejemplo) a las partes si desean que él emita ciertas recomendaciones de arreglo o no y simplemente seguir la voluntad de las mismas al respecto.

“... Conciliación es un término más cercano a la tradición civilista. En regímenes jurídicos civilistas, comúnmente se habla de conciliación, como un sistema para avenir a las partes de un conflicto. Así, nuestras leyes sustantivas y procesales, tradicionalmente se han referido a audiencias conciliatorias, a juntas de avenencia no a mediaciones”.

La mediación, como sistema de solución de conflictos, es un término más utilizado en países de derecho anglosajón particularmente en Estados Unidos: su desarrollo ha sido tanto en el ámbito privado como público (programas en tribunales judiciales) y su difusión ha rebasado las fronteras norteamericanas, por ello en las últimas décadas se ha escuchado más frecuentemente el uso de este término en relación con el de conciliación.

Con el fortalecimiento en México de la mediación, el contexto privado y más recientemente en los programas anexos a tribunales (leyes de justicia alternativa), nos encontramos frente a la interacción de ambos términos. Constantemente hablamos o escuchamos hablar de conciliación y de mediación en diferentes escenarios, privados y públicos de la asistencia de un tercero. En este momento de desarrollo de los mecanismos alternativos, aparentemente la tendencia es identificar a la conciliación como una etapa del juicio o de un procedimiento administrativo encaminada a intentar avenir a las partes que se llevaba acabo en cuestión, mientras que la mediación comienza a ser identificada como un procedimiento independiente que, por lo general se inicia ante un mediador “privado o ante un asignado o reconocido por el tribunal si se trata de un programa anexo al Poder Judicial”.<sup>195</sup>

---

<sup>195</sup> Azar Manssur, op, cit., p. 10



En virtud de lo anterior, surge la interrogante acerca de si realmente los abogados están preparados profesionalmente para actuar como conciliadores, mediadores o para recomendar a sus clientes la mediación, para resolver controversias, por lo que se observa a la multidisciplinaria como una solución posible.

En el desarrollo de la globalización y en la internacionalización del derecho tienden a desaparecer las fronteras legislativas en función de las fundamentales necesidades que surgen en las nuevas relaciones económicas entre los Estados, entre éstos y los actores económicos sociales nacionales y entre los respectivos países. Tratados, convenios y procesos de integración y globalización han acelerado la mundialización de un nuevo orden económico. Este nuevo orden económico impulsa cada vez mayores y aseverados cambios de normatividad legislativa.<sup>196</sup>

Hay que destacar que la dinámica social contemporánea demanda cambios en la estructura ocupacional del mercado de los profesionales del derecho. Tampoco se puede negar la influencia del impacto socio-económico y jurídico que traen consigo las negociaciones comerciales de carácter internacional, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Mercosur, El Pacto Andino, el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), etc. Así como los organismos encargados de controlar o apoyar este tráfico comercial y su buen desarrollo como la Organización Mundial del Comercio (OMC), Mecanismo de Cooperación Asia Pacífico (APEC), entre otros que buscan integrar bloques económicos.<sup>197</sup> El reto histórico consiste en la capacidad que tengan los profesionistas abogados y académicos del derecho para enfrentar los cambios antes mencionados y dar respuestas a la sociedad frente a la realidad que debe enfrentar ésta.

¿Los abogados tienen la preparación suficiente para manejar y para comprender personas en conflicto? ¿Sus sentimientos sus reacciones, sus momentos difíciles y habilidades son esencial para negociar con eficiencia? Los abogados han sido enseñados en la patología del litigio o la enfermedad del pleitar y que parte de un principio formativo.

---

<sup>196</sup> Mena Vergara, Víctor Segio, *Globalización y derecho*, Universidad Central de Chile, 2003, p. 6.

<sup>197</sup> Ortega Solís, Adalberto, *Los Retos de la Globalización en la Enseñanza del Derecho en Latinoamérica*, en el IV Congreso Latinoamericano del AFEIDAL, 2003.

Han sido educados para luchar con el adversario, no para resolver conflictos. Esto nos lleva a olvidar los hechos y localizar en las personas. Álvarez Trongue manifiesta que hay en la educación universitaria un claro concepto procesal: ganador-perdedor, con características muy marcadas para cada una de ellas: El letrado, quien gana un juicio, es premiado con mas honorarios y quien pierde es penado con menores importes de retribución y su cliente con el peso de los costos. La patología del litigio nos muestra también otra característica muy típica, en Argentina la persona responsable del problema creado se desatiende de su solución. Los abogados son formados para el combate con conceptos adversiales que están muy arraigados a la vida profesional del mismo. <sup>198</sup>

La enseñanza del derecho se ha caracterizado por preparar al abogado para el litigio, para el juicio, por tal motivo los planes del estudio de la Licenciatura en Derecho en la gran mayoría de las universidades públicas y privadas del país, contemplan las asignaturas respectivas, empezando a existir ahora un cambio por incorporar asignaturas como Negociación, Medios alternativos de Solución de Controversias, Mediación, Conciliación, Arbitraje Comercial o Derecho Arbitral y Auditoría Legal, siendo necesario resaltar que no se trata solamente de adicionar algunas materias nuevas a los planes de estudio de las universidades para que las nuevas generaciones de abogados sean competitivas con los requerimientos de abogacía preventiva, de preparar a los abogados o a terceros para la mediación en los medios alternativos de solución de controversias, por tal motivo esta enseñanza viene a adicionar nuevas competencias y habilidades en los ejes formativos de los abogados, por lo tanto la mediación constituye un nuevo reto para éstos.

Cervantes Martínez, establece que algunas de las desventajas y ventajas de la relación del mediador con los abogados son las siguientes:

Ventajas:

- a) Conocimientos de los temas legales
- b) Habilidad de tranquilizar y educar al cliente
- c) Formulación de alternativas dentro de un acuerdo negociado

---

<sup>198</sup> Álvarez Trongue, op. cit., p. 43

- d) Buen análisis bueno y creatividad alta.
- e) Habilidad de apoyo al cliente.<sup>199</sup>

Desventajas:

- a) Mejor alternativa de acuerdos negociables.
- b) Peor alternativa de acuerdos negociables
- c) Visión restrictiva
- d) Presión para ser mediador, directivo/educativo
- e) Intentan controlar al mediador, proceso y al cliente
- f) Enfoque con criterio legal
- g) Malas relaciones con otro abogado.

Es necesario resaltar que últimamente en México existe una proliferación de leyes concernientes a establecer acciones concretas para la implementación de los medios alternativos de solución de controversias, lo anterior vinculado directa o indirectamente al poder judicial y así encontramos la creación de centros de justicia alternativa, también conocidos como centros de Mediación y Conciliación Estatal, vinculados a los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados de la República, a vía de ejemplo: en el Distrito Federal, Zacatecas, Querétaro, Quintana Roo, Oaxaca, Baja California Sur, Aguascalientes, Jalisco, Nuevo León, Puebla, entre otros, en los cuales se desarrolla la mediación y/o conciliación en asuntos de naturaleza civil, mercantil, familiar, penal, en materia indígena, etcétera.

El mediador y conciliador, además debe aceptar la realidad y realizar juicios de valor, debiendo comprender una situación de realidad sin emitir opiniones personales respecto de la misma. De igual manera, el mediador deberá tener siempre una actitud creativa y buscar diversas alternativas que permitan a las partes llegar a un verdadero entendimiento. El mediador o conciliador deberá profundizar en las razones de cada una de las partes, más que en las formas, para así poder brindar una ayuda eficaz que permita una perspectiva de la controversia surgida y de las formas para su resolución.

---

<sup>199</sup> Cervantes Martínez, Jaime Daniel, *Mediación, Amigable Composición y Conciliación en materia Concursal*, México, INCIJA Ediciones, Colección Reflexiones Jurídicas, vol. 4, p. 169.

El cumplimiento de las obligaciones debe depender del cumplimiento de formalidades de la existencia de una autoridad que pueda coactivarnos o coercionarnos para su cumplimiento. El cumplimiento de las obligaciones debe recaer en el reconocimiento y compromiso interno de acatar los acuerdos que, por libre voluntad, alcanzamos con terceros.<sup>200</sup>

“Los abogados acostumbrados a pleitear en serie jurisdiccional, no deben temer a esta nueva modalidad, pues, por un lado los juicios no pueden ser derivados completamente hacia algún sistema alternativo, toda vez que hay conflictos que por su naturaleza o la de las personas involucradas, no admiten mediación, y por otro, porque nosotros los abogados debemos especializarnos cada vez más en estas nuevas disciplinas para ayudar a resolver adecuadamente los conflictos o problemas de nuestros clientes. La profesión no escapa de aquellas que obedecen a una necesidad vital el actualizarse permanentemente y profundizando nuestros conocimientos, de lo contrario siguiendo a Couture, el abogado que ignore esto, será cada día menos abogado”.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> Monterrubio, Luis, en comentarios a la obra de Azar Manssur, pp. 10-14.

<sup>201</sup> Stella Álvarez I.J. México, UNAM 2003.

## **7. LEY MODELO SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL DE LA CNUDMI (UNCITRAL).**

### **7.1. POSIBLE INCORPORACIÓN AL DERECHO MEXICANO**

Hoy en día, el descrédito generalizado de los poderes judiciales en el mundo entero, está llevando a la humanidad a tener que recurrir a soluciones alternativas para la solución de controversias. La lentitud, los formalismos, las enormes cargas de trabajo de los jueces, la corrupción, la sobredosis de recursos y argucias legales, son algunos de los obstáculos que detienen la procuración de una justicia pronta y expedita.

La reacción a nivel mundial ha sido la búsqueda de medios alternativos de solución de conflictos (ADR's por sus siglas en inglés Alternative Dispute Resolutions), dentro de los cuales destaca en primer término la mediación.<sup>202</sup>

No hace mucho, en el Dispute Resolution Journal, el Dr. Luis Miguel Díaz<sup>203</sup> “echó a volar la imaginación” al señalar que para mediados de este siglo, una sociedad negociadora y razonable concluirá el último de los casos judiciales. El expediente se cierra y el poder judicial baja la cortina, para dar paso a centros de conciliación y software que recrea el proceso humano de intuición. Parece que tal postura no tiene como propósito profetizar, sino llamar la atención a la importancia de una buena solución.

Aquí el asunto consiste en evitar la solución institucional. El difícil trámite ante jueces que acarrea un resultado de ganador/perdedor y en ocasiones perdedor/perdedor, a diferencia de una solución creada y consensuada por las partes que busca el resultado ganador-ganador.

---

<sup>202</sup> Si bien existen autores que incluyen dentro de los ADR's al arbitraje la tendencia actual internacional es la de tratar al arbitraje como tema aparte. En México se pueden listar un importante número de institutos, asociaciones y organismos con este propósito. Destacan dentro de ellos: Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas e Instituto Mexicano de la mediación, A.C.

<sup>203</sup> Dispute Resolution Journal, febrero – abril 2001, American Arbitration Association, pp. 24 -29.

En la práctica, desde que la mediación surgió en las décadas de los 70's y 80's en Estados Unidos de América, principalmente, ha crecido por una sencilla razón: funciona. Además deja menos heridas a las partes, a quienes la experiencia los puede llevar al aprendizaje de conductas que evitan la controversia.

Se debe enfatizar que la mediación no es una panacea. Existen casos de demandas exageradas, de posturas radicales y hasta ilegales, que no aceptan más que su particular visión de las cosas. Ante ello, la solución judicial o arbitral en su caso es indispensable. Puede decirse entonces que la mediación es campo para personas razonables y bien intencionadas. No lo es para la intransigencia y la intolerancia. Lo es para quienes se acerquen a ella con la actitud de intentar buscar conjuntamente una solución. Poca duda queda de la importancia de la mediación, que actualmente se utiliza en diversos países como directriz obligada a seguir por los propios jueces antes de iniciar el proceso judicial. Asimismo ya es materia obligada en muchas escuelas de derecho, al tiempo que institutos y escuelas de mediación se han multiplicado en todo el mundo. El propio Tratado de Libre Comercio de América del Norte lo incluye dentro de los términos de referencia del Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas.<sup>204 205</sup>

Sin intentar entrar en una definición de mediación, simplemente se trata con la ayuda de una persona independiente e imparcial, intentan llegar a una solución consensuada que de fin al conflicto y sea ejecutable para las partes.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> TLC, Art. 2022, Ak resoecti ver. ANDERESE, Steven K., NAFTA Mediation and the North American Free Trade Agreement, *Dispute Resolution Journal*, 57-64 (Mayo 2000) p, 60 y GANS, Walter G., Saving Time and Money in Cross Border Commercial Disputes, p-52 *Dispute Resolution Journal*, p. 50 (1977) Sobre el flujo de marcaderías Entre los socios del TLC ver <http://www.ustr.gov/nafrareport/intro.htm> y <http://lanic.utexas.edu/scwht/tradeindex/About.html>.

<sup>205</sup> La importancia de la mediación también se refleja en el hecho de que en los EUA se ha preparado (por la American Bar Association's Drafting Comités y la National Conference of Commissioners on UNIFORM States Law), un Código UNIFORME DE mediación (Unifor Metiation Act.) Este a sido adoptado por varios estados de la unión americana. La frecuencia del uso de la mediación en los EUA puede consultarse en <http://www.ilr.cornell.edu/ICR/NEW/execsum.html>

<sup>206</sup> La ley Modelo define a la conciliación como todo procedimiento en las que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el conciliador"), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relacion contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia. (Art. 1.3)

Es un procedimiento donde la voluntad de las partes juega un elemento total, desde el principio hasta su conclusión, desde la intención de someterse al proceso conciliatorio, hasta la firma del acuerdo, pasando por la relevante fase de selección del mediador<sup>207 208</sup>

Robert M. Nelson lista los siguientes beneficios de la mediación:

1. rapidez del proceso;
2. confidencialidad
3. evita la pena o vergüenza pública
4. durabilidad y sustentabilidad del acuerdo
5. continuidad de relación entre las partes
6. mayor control de la solución
7. aceptación de creatividad
8. de uso amigable
9. estimula la posibilidad de mejorar la conducta futura de las partes.
10. el mismo autor señala las críticas, entre las que destacan:
11. mayor riesgo de llegar a una solución injusta (indicando la dificultad de llegar a esta conclusión en razón de la confidencialidad del proceso).
12. imposibilidad de verificar los beneficios reales;
13. falta de control de la profesionalización del mediador.
14. buena relación costo/beneficio

## **7.2. LA LEY MODELO**

### **7.2.1. GENERALIDADES**

La comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) en su 35° Período de Sesiones celebrado en Nueva York, USA, del 17 al 28 de

---

<sup>207</sup> Cabría la discusión de si la actividad que se realiza el mediador es una habilidad. Una técnica o una ciencia. Lo cierto es que existen reglas inmutables para llevar la conciliación a cabo, como lo es el respeto entre participantes, evitar lenguaje derogatorio, no interrumpir, etc. Etcétera.

<sup>208</sup> Redfern y Hunter recuerdan lo que llaman una fábula moderna de Esopo (dicha por el Dr. Richard Hill en una conferencia en Londres en diciembre de 1995) ...tras preguntarle cuidadosamente a las partes ... (respecto a una disputa sobre un embarque de naranjas)... se llegó a una solución amigable al entontrar que una parte necesitaba a las naranjas por su jugo y la otra por sus cáscaras”, Redfern, Alan y Hunter, Martín, Law and Practice of international Comercial Arbitration. Sweet & Max Well, London 1999, tercera edición, p. 33

juicio de 2002, aprobó la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional.<sup>209</sup> Se trata de un cuerpo legislativo breve, de apenas 14 artículos en 5 páginas, pero no por ello de importancia menor.

Al aprobar la Ley Modelo, la CNUDMI recomendó a todos los Estados... la tomen debidamente en cuenta en atención a la conveniencia de informar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias...”, encomendando a la Secretaría de Economía de nuestro país, la elaboración de una Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno y de su utilización como instrumento de armonización legislativa. De inicio, la Ley Modelo aclara que entiende por “conciliación”, procedimientos que se identifican por otros términos y solicitan a un tercero (“conciliador o conciliadores”) asistencia para lograr un arreglo a su conflicto o controversia que deriva de una relación comercial u otro tipo de relación jurídica.

La conciliación no debe confundirse con la “amigable composición”, figura que se refiere al arbitraje “en conciencia”, lo que la identifica como una solución heterocompositiva y no autocompositiva, como es el caso de la mediación.<sup>210</sup>

La Ley Modelo indica en su Art. 1, inciso 1) que la misma se aplica a la conciliación “internacional”, si bien, en nota a pié de página, indica que cuando los Estados deseen incorporar la Ley Modelo a su derecho interno para hacerla aplicable a los procedimientos de conciliación, tanto nacionales como internacionales, podrán suprimir la palabra “internacional” en el párrafo (1) del Artículo y los párrafos 4, 5 y 6 del mismo dispositivo.

Se destaca que la calificación de internacional se basa principalmente en el lugar del establecimiento y a falta de éste por alguna de las partes, en su residencia habitual.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> El texto final de la Ley Modelo aparece como Anexo 1 al documento A/57/17 (pp.59-64) del Informe de la CNUDMI sobre su 35° período de sesiones. En la nota de pie de página identificada como “a” se señala que debe darse una interpretación amplia al término “comercial” para que abarque todas las cuestiones que se plantean en relación de esa índole, sean o no contractuales.

<sup>210</sup> Ver Ley Modelo Art. 1.3) que prevé que el “conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”.

<sup>211</sup> Ibidem. Art. 1.4) y 5).



En el Art. 2 de la Ley se reitera que en su interpretación habrán de tenerse en cuenta su origen internacional así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe; asimismo, que las materias que se rijan por la Ley Modelo y que no estén expresamente resueltos en ella se diriman de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

En cuanto el conciliador debe procurar dar a las partes un trato equitativo, observando siempre buena fe. El que las partes podrán excluir o modificar la Ley, hace de la misma un intento de difundir y permear en el mundo la cultura de la negociación y el entendimiento mutuo no coercitivo, ya que si bien pueden encontrarse preceptos en varias leyes cuya obligatoriedad se deja al libre criterio de las partes, el hacerlo con respecto a toda la ley es un caso "*sui generis*".

### **7.2.2. EL PROCEDIMIENTO**

Del procedimiento que señala la Ley Modelo, se destaca:

1. La posibilidad de que el Estado que adopte la ley, igualmente adopte una disposición relativa a la prescripción, en el sentido de que iniciado el procedimiento de conciliación deja de correr el plazo de prescripción del asunto materia de la conciliación: <sup>212</sup>
2. La obligación del conciliador de revelar en todo momento, cualquier circunstancia que dé lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia, así como la de darles un tratamiento equitativo. <sup>213</sup>
3. La facultad que tienen las partes y el propio conciliador, a falta de acuerdo partes de libremente sustanciar el procedimiento, tomando en cuenta las circunstancias especiales del caso, los deseos de las partes y la conveniencia de llegar a un rápido arreglo. <sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> En México actualmente, la utilización de la conciliación no interrumpe la prescripción.

<sup>213</sup> Ibidem. Arts. 5, 6 y 6.3). De la Ley Modelo

<sup>214</sup> Ibidem Art. 6.2)

4. La facultad del conciliador de reunirse o comunicarse con las partes conjunta o separadamente, estando facultado para revelar el contenido de la información recibida a la otra parte, salvo petición expresa de confidencialidad.<sup>215</sup>
5. La facultad del conciliador de presentar propuestas para un arreglo de controversia<sup>216</sup>
6. La confidencialidad del procedimiento como regla general a menos que las partes convengan otra cosa, su divulgación esté prescrita por ley o sea necesaria para dar cumplimiento o ejecución al acuerdo por las partes.<sup>217</sup>

El procedimiento de conciliación da comienzo al día que las partes acuerden iniciarlo. Quien después de hacer la invitación a entablar el procedimiento no reciba aceptación en un plazo de 30 días a partir de su envío u otro plazo fijado por ella, puede considerar como rechazada su oferta de conciliación.<sup>218</sup>

El conciliador es en uno solo, a menos que las partes acuerden que puedan ser dos o más. Las propias partes se ponen de acuerdo para designar al conciliador, a menos que hubieran convenido en un procedimiento diferente. A dicho efecto pueden recabar la asistencia de una institución o persona que:

1. Les recomiende personas idóneas,
2. Que el nombramiento del conciliador sea efectuado directamente por dicha institución o persona, tomando en cuenta la conveniencia de nombrar una persona de nacionalidad distinta de aquella de las partes.<sup>219</sup>

---

<sup>215</sup> Ibidem. Art. 7 y 8. Las reuniones individuales con cada una de las partes, se les conoce como “caucuses”. Éstas reuniones individuales no deben ser permitidas en el arbitraje o juicio, lo que establece una notable diferencia entre ellos. El informe de la CNUDMI de la Asamblea General en la que se discutió este precepto, señala la preocupación de diversos países en el sentido de que si era apropiado disponer que el conciliador podía revelar a una parte del contenido de la información recibida de otra parte. Se argumentó que la confidencialidad del conciliador constituía el único modo de garantizar la franqueza y la sinceridad en las comunicaciones durante el proceso conciliatorio, sin embargo, se convino en la excepción de dejarle a las partes convenir al respecto. Informe de la CNDMI, Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/57/17).

<sup>216</sup> Ibidem. Art. 6.4), Es relevante destacar la posibilidad que se le da al conciliador de tener una participación activa, al grado de sugerir soluciones, lo que le da a la mediación distancia con el arbitraje y el procedimiento judicial.

<sup>217</sup> Ibidem. Art. 9.

<sup>218</sup> Ibidem. Art. 4.

<sup>219</sup> Ibidem. Art. 5.

### **7.2.3. ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS EN OTROS PROCEDIMIENTOS**

Dada la relevancia del tema se le trata como subsección aparte, ya que en muchas ocasiones las partes temen entrar en un proceso de mediación, debido al riesgo de relevar información o de hacer declaraciones que posteriormente sean ofrecidas como prueba en procedimientos judiciales o arbitrales. La simple invitación de una parte a entablar un procedimiento de mediación o la sugerencia de un arreglo de la controversia, puede ser ofrecido como prueba en un procedimiento judicial. La Ley Modelo establece que dichas pruebas o información, son en principio, confidenciales y no pueden ser reveladas a otros órganos que dirimen sobre procedimientos heterocompositivos. El Art. 10.1 hace un pormenorizado listado al respecto.

Todas las personas que participen en un procedimiento conciliatorio (incluidos los que participen en su tramitación), quedan obligadas a no hacer valer ni presentar pruebas ni rendir testimonios en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar, en relación con el listado de hechos y evidencias referido en el Art. 10.1).

Ninguna prueba dejará de serlo por el hecho de que la misma hubiera sido utilizada en un procedimiento conciliatorio.<sup>220</sup>

### **7.2.4. TERMINACIÓN Y POSIBLE TRANSACCIÓN**

La Ley dispone que el procedimiento de conciliación termina al concertarse un arreglo satisfactorio (transacción) o cuando cualquiera de las partes o el conciliador hacen una declaración en el sentido de que se agotaron infructuosamente los esfuerzos para lograr el avenimiento<sup>221</sup> es decir, que al otorgarle a todas ellas tal derecho de terminación, endosa la postura de considerar a la conciliación como un acto volitivo-consensual desde su inicio y durante el procedimiento hasta antes de la firma y aceptación del acuerdo.

---

<sup>220</sup> Ibidem. Art. 10

<sup>221</sup> Ibidem. Art. 11

## 7.2.5 PROCEDIMIENTOS ARBITRALES O JUDICIALES

En el caso de que las partes llegará a celebrar un compromiso expreso para entablar (“en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho”) procedimientos arbitrales o judiciales con relación a una controversia presente o futura, la Ley Modelo prevé que el tribunal arbitral o de justicia está obligado a respetar dicho compromiso, salvo “en la medida necesaria para la salvaguarda de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan “este sería por ejemplo el caso de un embargo precautorio.”<sup>222</sup>

**El inicio del procedimiento arbitral o judicial no constituirá renuncia a la conciliación, ni a su terminación.**<sup>223</sup>

Se estima relevante recalcar la postura adoptada por la Ley Modelo en el sentido de no ver con buenos ojos el caso del conciliador que posteriormente actúa como árbitro. En consecuencia, la misma dispone que salvo acuerdo en contrario de las partes, el conciliador no podrá actuar como árbitro en una controversia en la que hubiere intervenido con el primer carácter y tampoco en disputas que surgieran a raíz del mismo contrato o relación jurídica.<sup>224</sup>

**Resulta indiscutible la necesidad de liberar de una vez por todas las cargas de trabajo en los juzgados, para que puedan consagrarse los jueces y operadores judiciales a resolver los casos graves de mayor impacto social.**

Se afirma que con el desarrollo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, se propone la privatización de la justicia. Esta afirmación es errónea, simplemente se trata de complementar y generar alternativas para el ciudadano, dentro del sistema jurídico, si que recurra a los métodos tradicionales y sin que esto signifique infringir el sistema legal.

---

<sup>222</sup> Ibidem. Art. 13.

<sup>223</sup> Ibidem.

<sup>224</sup> Ibidem. Art. 12. El informe de la CNUDMI de la Asamblea General es la que se discutió este precepto, señala que en muchos países esto quedaba sometido a normas como los códigos de conducta (Informe de la CNUDMI, Quincuagésimo séptimo período de sesiones. Suplemento No. 17 (A/57/17), en México convendría dejar este precepto dentro de la ley que se promulgara al adoptarse la Ley Modelo.

Por lo tanto, es preciso establecer bases para implementar medios alternativos de solución de conflictos:

1. Identificar las dificultades existentes y las propuestas para superarlas:

- Entre las principales resistencias que aún no han podido ser superadas, se encuentra la escasa difusión de los medios extrajudiciales y de sus ventajas.

2. Entre las medidas tendientes a superar tales asuntos, destacan:

- Intensificar la promoción, difusión y conocimiento de las formas de resolución alternativas de conflictos, destacando sus ventajas.
- Generar una mayor conciencia y preparación en los operadores –Centros de Mediación privados, Centros de Mediación públicos, jueces, abogados, colegios de abogados y, fundamentalmente, entre los particulares.
- Forjar un estado de credibilidad colectiva, hoy casi inexistente, a partir de experiencias concretas y probadas, obtenidas en los Centros de Mediación.
- Tomar en cuenta una adecuada formación y selección de mediadores, conciliadores, árbitros y negociadores.
- A partir de una toma de conciencia generalizada, divulgar las bondades de estos mecanismos alternativos y del consecuente compromiso participativo, en especial con los operadores de estos procedimientos.

3. Asimismo, hay distintos tipos de costos que debemos tener en cuenta:

- El costo económico de la transacción.
- La conformidad mutua de las partes con el resultado, o sea, el grado de satisfacción de los intereses y la creencia de que el resultado es justo.
- El efecto que produce la solución alcanzada, en la relación entre las partes.
- La recurrencia del conflicto, o sea, la durabilidad entre las partes y la posibilidad de que se reitere entre las partes.

Los anteriores factores aconsejan desalentar la belicosidad litigiosa, entendiéndose a los medios alternativos, no como competitivos o sustitutivos de la actividad del poder judicial, sino como una institución que comparta la responsabilidad de la solución de controversias, con:

- Celeridad
- Economía
- Informalidad
- Inmediación

En suma, un sistema podrá ser calificado de eficiente si cuenta con los siguientes elementos:

- ✓ Con numerosas instituciones y procedimientos que permitan prevenir los conflictos y resolverlos
- ✓ Con el menor costo posible
- ✓ Sobre la base de las necesidades e intereses de las partes, y
- ✓ Cumpliéndose además con el principio de subsidiariedad.

De lo anterior observamos que en la actualidad hay en el mundo una tendencia a la “desjudicialización de los litigios”, está prevalenciando en este sentido, un movimiento hacia la autogestión de los conflictos, (esto es lo que llamaría Fiaren Guillén: a la “huida del proceso”).

**CARACTERÍSTICAS DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. (RESUMEN).**

**NEGOCIACIÓN:** Las partes conservan a plenitud el poder de decisión.

**CONCILIACIÓN:** el conciliador aconseja, emite opiniones, propone soluciones que estima justas o razonables.

**MEDIACIÓN:** las partes conservan plenamente el poder de decisión sobre la solución de conflictos, el mediador participa con sugerencias y testimonio.

**ARBITRAJE:** El árbitro tiene el poder de decisión.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, del latín **conciliatio**, que es el nombre que recibe la acción y efecto de conciliar; por lo que se reitera a la palabra conciliar, del latín conciliare: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí:

En inglés **conciliaton** (conciliación), significa el proceso de tratar que la gente llegue a un acuerdo; **conciliate** (conciliar) es la acción encaminada a que la gente cese en el desacuerdo, especialmente dándoles algo que ellos necesitan.

En este contexto, los elementos del proceso de:

- ✓ La disputa, el conflicto, la controversia el enfrentamiento
- ✓ Los sujetos que intervienen, las partes y un tercero, y
- ✓ La función del tercero, que consiste en armonizar posiciones opuestas, avenir las voluntades encontradas de las partes o poner a los contendientes en paz para que cese el desacuerdo.

En síntesis la conciliación implica la acción de un tercero cuya función es avenir a las partes, proponer fórmulas de arreglo sin sujetarse a formalidad alguna, mecanismo en que las partes conserven el poder de decisión sobre la solución del conflicto.

En lo referente a la mediación, el Diccionario de la Real Academia Española señala que el término aparece ligado a la acción de interceder o rogar por otro; a la de interponerse entre dos que riñen o contienden procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. Así, la expresión mediación se usa para designar un proceso no adversarial, estructurado en etapas, confidencial y en el cual participa un tercero neutral e imparcial que ayuda a las partes a

negociar cuestiones, no siempre jurídicas, para obtener un resultado mutuamente satisfactorio.

**El mediador no impone decisiones, pues no es un juez, es un facilitador** de la comunicación o conductor del procedimiento que propicia identificar los puntos de la controversia, las cuestiones en que coinciden ambas partes y en las que discrepan, descubre las posiciones e intereses de las mismas y explora sin tomar partido las posibles vías de solución y bases para un acuerdo.



## **8. UN ACERCAMIENTO A LOS METODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC)**

El surgimiento de conflictos entre personas, empresas y estados tiene su origen en una fuente interminable de situaciones, incluso en ocasiones sin la previa existencia de una relación jurídica. Así comúnmente cuando se establece dicha relación ya sea a través de un tratado, y un convenio o un contrato, normalmente las partes consignan en el mismo la forma en la que resolverán los problemas que eventualmente surjan, generalmente indicarán cuál será la jurisdicción a la que se someterán, esto es, precisarán el órgano o instancia que resolverá el conflicto y el derecho u ordenamientos jurídicos a los que deberá sujetarse el referido órgano en el cumplimiento de su labor.

Para otros las formas para solucionar los conflictos no necesariamente se limitan a las previstas en el tratado, convenio o contrato, en muchas ocasiones las opciones se restringen a una, la intervención judicial, cuando en realidad se podrían incorporar otras. De hecho, en la doctrina y en la práctica se conocen distintos mecanismos, a las cuales incluso podía recurrirse sin necesidad de que se establezcan en los documentos mencionados. Así por ejemplo tenemos las siguientes:

- a) Negociación
- b) Buenos oficios
- c) Mediación
- d) Investigación
- e) Conciliación y
- f) Arbitraje

Las cuales se procede a comentar una de las formas más naturales de resolver los conflictos, y no por eso las partes contendientes siempre recurren a ella, es la negociación en la cual las partes por si mismas, o a través de sus abogados o representantes se realiza en la administración pública permanentemente), discuten las maneras en las que podrían poner fin al conflicto que enfrentan. En consecuencia, se trata de una forma

autocompositiva de solución de diferencias, en la cual las posiciones opuestas y contradictorias de las partes se atenderán mediante soluciones que las mismas proporcionen y representen, de algún modo es un punto medio entre las pretensiones opuestas de las partes y les permite poner fin al conflicto.

En los buenos oficios interviene un tercero, ya sea a pedido o no de una de las partes, el cual sugiere las mismas que busquen su acercamiento y/o una solución al conflicto. De este modo. La función del tercero consiste en abordar por separado a una u otra parte, o bien a ambas partes, para sugerirles que intenten el encuentro y para discutir la manera de solucionar el conflicto.

### **8.1. AMPARO CONTRA LA CONCILIACIÓN**

Adicionalmente a los criterios que involucran las decisiones del árbitro y su recurribilidad en juicio de amparo, en fecha reciente, un tribunal colegiado del primer circuito determinó que las instancias alternas de resolución de conflictos son autoridades no sólo cuando emiten laudos, sino en cualquier etapa de los procedimientos a su cargo. A manera de ejemplo, a partir de que un particular presenta queja administrativa por probables irregularidades médicas ante la CONAMED, la resolución que cierra la etapa como no-conciliada es susceptible de recurrirse al amparo, pese a que los procedimientos de gestión y conciliación sean seguidos a voluntad de parte, no haya existido disposición para comparecer o para llegar a acuerdo alguno, y mucho menos concurren actos autoritarios tendientes a tal finalidad.

En la mediación interviene un tercero con la finalidad de, como su nombre lo dice, mediar entre las partes para que encuentren una solución al conflicto. El mediador puede intervenir en presencia de ambas partes o tratar a éstas por separado, si bien es cierto no está obligado a proporcionar soluciones al conflicto, el hacerlo no tendrá como efecto que las partes estén obligadas a aceptarlas, es decir, resulta necesario el acuerdo de las partes para la aceptación de la solución propuesta, en consecuencia, el mediador es un facilitador de la comunicación entre las partes para que éstas puedan llegar a la solución del conflicto.

En la investigación interviene un tercero a pedido de las partes para efecto de que identifique y precise a través de un análisis de los hechos controvertidos y presente a las partes el resultado o conclusiones de su investigación. Así, con base en un mejor conocimiento de los hechos, como resultado del informe que se presente a las partes permite a éstas identificar o no la validez de sus argumentos y reconsiderar sus pretensiones, lo que también, en una segunda etapa, podría conducir las a plantear soluciones al conflicto.

En la conciliación, el tercero interviene necesariamente a voluntad de las partes, el conciliador después de escuchar de las partes sus posiciones contradictorias está obligado a proponerles soluciones al conflicto, si bien las partes pueden o no aceptar las soluciones propuestas por el conciliador, la misión de éste es intentar una y otra vez que las partes terminen el conflicto. Para la conciliación, el tratado, convenio o contrato podría establecer el procedimiento al conciliador y las partes deberán sujetarse a la búsqueda de una solución al conflicto.

En el arbitraje al tercero se le denomina tribunal arbitral –ya sea que esté integrado de manera unipersonal o pluripersonal- o árbitro, tendrá como característica la imparcialidad, especialización y será “*ad hoc*”, esto es, únicamente estará encargado de la atención de ese asunto en particular, su intervención tiene como finalidad proporcionar a las partes la resolución al conflicto a través de un procedimiento seguido en forma del juicio previamente establecido, ya sea en un ordenamiento jurídico como una ley, tratado o reglamento o en el acuerdo entre las partes –acuerdo arbitral- que puede haber sido establecido en el cláusula del convenio o contrato o en un documento por separado. La decisión del tercero es vinculante para las partes, por lo que están obligadas a someterse a la misma.

La instancia judicial consiste en la decisión de las partes de ventilar el conflicto ante un determinado órgano jurisdiccional. Así, este tercero a través del juicio o procedimiento correspondiente previsto en la legislación de la materia de la cual es competente dicho órgano, impondrá a las partes la resolución al conflicto.

Por último, cabe señalar que a los medios alternativos de solución de diferencias en los que interviene un tercero se les denomina heterocompositivos, en razón de que para la solución

del conflicto interviene un tercero ajeno a las partes. Asimismo, es relevante comentar que se denominan alternativos en tanto que se puede recurrir de manera indistinta e incluso simultánea a uno u otro, en cualquier caso la utilización de uno u otro mecanismo es con la finalidad de poner fin al conflicto.

## 9.- ESTUDIO DE CASO: CONAMED ( Arbitraje México)

### SÍNTESIS

La señora **A**, de 42 años de edad, consultó al doctor **S** de la clínica privada **a** el 2 de mayo de 1998 por cólicos vesiculares desde hacía un año, el último de los cuales había iniciado una semana antes; localizado en el hipocondrio derecho y región lumbar, acompañado de náusea y vómito.

El doctor **S** encontró fascies dolorosa, palidez, diaforesis, posición antálgica, dolor a la palpación superficial y profunda de hipocondrio derecho y timpanismo generalizado. Ordenó citología hemática y tiempo de protombina (normales). No realizó ultrasonido ni estudios raediológicos, indicó colecistectomía abierta, que practicó el doctor **T**, ayudado por el propio doctor **S** el mismo día, sin incidentes y con una duración de una hora con veinte minutos. No dejó canalización.

El estudio de la pieza mostró litiasis vesicular y colecistitis crónica. Según los médicos tratantes la evolución fue satisfactoria, pero las notas de enfermería mencionaban dolor constante que requirió 25 dosis de analgésicos potentes en seis días, vómito de color claro, intolerancia a la vía bucal, que requirió reinstalación de sonda nasogástrica, distensión abdominal, disnea y presión arterial 90/60mm Hg.

La enferma solicitó alta voluntaria al sexto día posoperatorio; consultó a los doctores **U** y **V** de la clínica privada **B**, quienes diagnosticaron abdomen agudo, aplicaron sonda nasogástrica que drenó 500 ml de material claro, administraron soluciones parenterales y solicitaron evaluación al doctor **X**, cirujano de la clínica y, quien ratificó el diagnóstico, indicó citología (hemoglobina, 9g/dl; leucocitos, 19000; neutrófilos, 80% bandas,20%) y radiografías de abdomen (oclusión intestinal).

Efectuó laparotomía el 9 de mayo y encontró 3000 ml de biliperitoneo, lesión de la vía biliar tipo BISMUTH III-IV (sección ligadura del colédoco en la porción supraduodenal, sección y

ligadura de ambos hepáticos, con desgarro en el izquierdo por el que salía bilis). Intentó, sin conseguirlo, ferulizar los conductos biliares; aspiró, lavó y colocó drenajes subhepáticos, dejando la reconstrucción biliar para un segundo tiempo.

Ese mismo día ingresó la enferma en el hospital de tercer nivel donde diagnosticaron sepsis abdominal, lesión iatrogénica de vías biliares y síndrome anémico. Después de practicar pruebas preoperatorias, y mejorar las condiciones de la paciente, fue intervenida el 11 de mayo, se encontró lesión biliar tipo BISMUTH y se efectuó hepatoyeyunoanastomosis con sondas transhepáticas y eteroanastomosis en Y de Roux.

El 14 de mayo se reoperó de desmantelamiento y reconstrucción de la anastomosis hepatoyeyunal. Evolucionó tórpidamente, con complicaciones ópticas estenosis biliar nuevas intervenciones por abscesos residuales y finalmente falleció en julio del año siguiente (1999).

En el acta de defunción se anotaron encefalopatía hepática, cirrosis hepática biliar, colangitis, posoperada de hepatoyeyunoanastomosis en Y de Poux por lesión de vía biliar.

La señora **B**, hermana de la enferma, inició averiguación previa en el Ministerio Público contra quienes resultaran responsables del ilícito.

En las diligencias judiciales los doctores **S** y **T** declararon que la colecistectomía fue sencilla, rápida, sin sangrado, ni maniobras de disección en los conductos biliares, que evolucionó sin complicaciones y que de haberse producido lesión de las vías biliares, hubieran aparecido ictericia y otros datos imposibles de pasar por alto.

En la declaración del doctor **X**, sus ayudantes, del doctor **Y** y el señor **C**, esposo de la enferma, fueron llamados al quirófano a atestiguar los hallazgos operatorios y ratificaron lo ya descrito en antecedentes.

Según los testimonios del señor **C** y enfermeras, el doctor **T** sólo revisó a la enferma en una ocasión durante el posoperatorio, aunque en el expediente figuran numerosas notas de evolución firmadas por él mismo.

A petición del Ministerio Público se practicaron tres peritajes.

El doctor **L**, médico forense, refirió que las lesiones de los conductos biliares no pudieron producirse en la primera intervención quirúrgica realizada por los doctores **S** y **T**.

El doctor **M**, miembro de un organismo académico, manifestó que en la primera operación no pudieron lesionarse los conductos biliares por la inexistencia de ictericia posoperatoria, que la segunda intervención fue precipitada, sin exámenes paraclínicos suficientes y que la incisión vertical fue inadecuada. Cuestionó la veracidad del informe del doctor **X**.

Por su parte el doctor **N**, médico forense, asentó en su informe que no se justificó la urgencia de la primera operación; los doctores **S** y **T** incurrieron en negligencia e impericia por producir lesión de los conductos hepáticos; que el doctor **X** actuó ética y profesionalmente, y la señora **A** falleció a causa de las complicaciones originadas en las vías biliares por el primer procedimiento realizado.

En numerosas actuaciones ante el Ministerio Público y Juzgado penal, los médicos **S** y **T** y sus abogados patronos, incriminaron al doctor **X** como responsable de la lesión de vías biliares, al intentar ferulizar los conductos biliares, así como de las complicaciones y deceso de la enferma.

## **ANÁLISIS**

La señora **A**, de 42 años, con diagnóstico de cólico vesicular, debió documentarse con ultrasonido de vesícula y vías biliares. No se justificaba intervención de urgencia porque no hubo inflamación aguda en la intervención quirúrgica ni en la pieza operatoria.

Evolucionó tórpidamente después de la primera cirugía por datos suficientes para sospechar complicación quirúrgica, que fue detectada por las enfermeras, pero no por el cirujano, quien no supervisó el posoperatorio, no valoró correctamente la sintomatología, no solicitó exámenes paraclínicos ni se asesoró por especialista mejor calificado.

Por ello la Comisión estimó que el doctor **T** incurrió en impericia por exponer a la paciente a riesgos por falta de conocimiento y destreza, al practicar colecistectomía urgente en un caso que no era urgencia verdadera.

También incurrió en negligencia por omitir si deber en cuidado posoperatorio, no indicar exámenes paraclínicos ni solicitar auxilio de un especialista calificado, negando a la enferma el beneficio de diagnóstico y tratamiento.

Después, el doctor **X** detectó datos de abdomen agudo, y con los resultados de la biometría y radiografías de abdomen, decidió efectuar laparatomía exploratoria de urgencia sin solicitar otros exámenes paraclínicos (ultrasonido, tomografía axial computada, colangiografía endoscópica) conducta que se justifica ante la peritonitis séptica. Los hallazgos descritos desaconsejaban intentar reparación biliar, por lo que lavó la cavidad, colocó drenaje biliar externo y refirió a la enferma a un hospital con más recursos, decisiones que se estiman profesionalmente adecuadas.

Posteriormente, en el hospital de tercer nivel, se practicó reconstrucción biliar en dos ocasiones; la paciente desarrolló complicaciones sépticas, estenosis, cirrosis e insuficiencia hepática y, un año después, falleció a consecuencia de estas complicaciones. La conducta de los médicos fue la adecuada a las circunstancias del caso.

A menudo, la colecistectomía es una operación sencilla en manos calificadas, su mortalidad es inferior a 0.5% y la morbilidad oscila entre el 5 y el 15%, que en la mayoría de los casos corresponde a complicaciones menores. La frecuencia de lesión de la vía biliar varía entre 0.1 y 0.2%; la más frecuente se localiza en el conducto hepático común, entre la carina y la inserción del cístico: son factores contribuyentes a la inexperiencia del cirujano, confianza excesiva, variaciones anatómicas, inflamación del hilo hepático, maniobras para controlar sangrado y tracción excesiva.

Es frecuente que la lesión pase inadvertida durante el transoperatorio y por lo general se manifiesta pocos días después con ictericia obstructiva, salida de bilis por las



canalizaciones, datos de peritonitis biliar, que en ocasiones es incidiosa y manifestada sólo por dolor abdominal moderado y distensión abdominal, sin sintomatología peritoneal florida, o bien, hallazgo de bilis en el abdomen, cuando se hace una segunda intervención.

En la mayoría de los casos existe ictericia obstructiva, pero se ha demostrado que en la obstrucción de un solo conducto permeable puede no aparecer ictericia, como sucedió en este caso, que se explica por salida de bilis a través del desgarró izquierdo.

En la indagatoria se revisó la currícula de los prestadores de servicio. Se encontró que el doctor **S** acreditó la especialidad de Pediatría, mientras que el doctor **T** la de Cirugía Pediátrica con experiencia de 16 años. El doctor **X** acreditó las especialidades de Medicina Interna y Cirugía General.

La Comisión disiente de los peritajes emitidos por los doctores **L** y **M**, y sustenta el mismo criterio que el doctor **N**, quien concluyó que el doctor **T** de la cirugía incurrió en impericia y negligencia, y que hubo relación causal entre la primera intervención quirúrgica, lesión de las vías biliares, complicaciones posoperatorias, intervenciones y deceso de la enferma.

## **CONCLUSIONES AL CASO**

**Primera:** La Comisión estimó que el doctor **S** no actuó correctamente por referir a la enferma con un prestador de servicios no idóneo en la práctica de colesistectomía y en la atención de complicaciones de cirugía biliar.

**Segunda.** El doctor **T** incurrió en impericia y negligencia en el tratamiento médico quirúrgico de la señora A.

**Tercera.** Hubo relación casual entre la lesión ocasionada por el doctor T, las complicaciones, intervenciones y defunción de la enferma.

**Cuarta.** La comisión estima que el doctor **X** actuó correctamente en el tratamiento médico-quirúrgico de la enferma al decidir cirugía de urgencia, practicar un procedimiento paliativo

entre la lesión de la vía biliar y referirla a un hospital de tercer nivel para la reparación quirúrgica definitiva.

**Quinta** El resto de los prestadores que participaron en el tratamiento de la señora **A** actuaron correctamente y no incurrieron en algún tipo de negligencia profesional.

FUENTE: Un corazón en la Mediación-LEMPEREUR 2008-DUNOD, París 2008 México 2010, Editorial Patria.

## CONCLUSIONES

- 1.- EL ARBITRAJE PERMITE NO LLEGAR A LOS TRIBUNALES DE POR SÍ SATURADOS.
- 2.- LOS LAUDOS SON EQUIVALENTES A SENTENCIA SEGÚN TESIS DE LA SCN. (HOMOLOGACION)
- 3.- ACUERDO Y NEGOCIACIÓN DEL ARBITRAJE PERMITE EVITAR PLEITOS PUBLICOS Y PRIVADOS.
- 4.- HA SIDO EL ARBITRAJE LA FORMA LEGAL DE RESOLVER CONTROVERSAS ENTRE NACIONES ESTADO QUE AUNADOS AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO O PRIVADO SON MEDIOS DE SOLUCIÓN.
- 5.- SI LA SUPREMA CORTE DIESE COACTIVIDAD Y COERCITIVIDAD A LOS ORGANISMOS ALTERNOS, COMO CONDUSEF Y CONAMED Y OTROS, SE SOLUCIONARIAN CON MÁS CELERIDAD LOS CONFLICTOS EN ESTAS ÁREAS.
- 6.- EXISTE CONFIDENCIALIDAD (SECRECÍA) EN EL PROCEDIMIENTO, NO ASÍ EN EL LAUDO EN EL ARBITRAJE, EN BASE A IMPARCIALIDAD DEL PROCEDIMIENTO.
- 7.- EL ARBITRO NO SE CONFUNDE CON EL JUEZ QUE ACTUA A NOMBRE DEL ESTADO DENTRO DE UN MARCO PROCESAL DETERMINADO POR LA HISTORIA Y TRADICIÓN (DERAINSIVES 2008).
- 8.-EL ARBITRAJE REQUIERE UN MINIMO DE NEUTRALIDAD, ASI COMO, RECURSOS DOTADO POR LAS PARTES, POR LO TANTO, ES UN MEDIO ONEROSO.
- 9.- LOS TESTIGOS SÓLO PARTICIPAN PARA AFIRMAR O REAFIRMAR LA PARTE DOCUMENTAL DE LAS PARTES.
- 10.- EL ARBITRAJE DE NINGUNA MANERA PUEDE DURAR DEMASIADO, YA QUE PARECE PERDER NEUTRALIDAD.
- 11.- EL 5° CONSTITUCIONAL PERMITE QUE OTRAS DISCIPLINAS PARTICIPEN EN LAS CONCILIACIONES, MEDIACIONES Y ARBITRAJES.
- 12.- TANTO EN EL ARBITRAJE, CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN EL JUEZ NO NECESARIAMENTE ES UN ABOGADO.
- 13.- ART. 17 CONSTITUCIONAL 8° PÁRRAFO.- ESTAS LEYES PROVEERÁN MECANISMOS DE SOLUCIONES DE CONTROVERSAS EN EL SENTIDO DE “JUSTICIA NEGADA, JUSTICIA DELEGADA”(“NADIE PUEDE HACER JUSTICIA POR SU PROPIA MANO”)...

**14.- EL 13 Y 14° CONSTITUCIONAL PERMITE AL ESTADO CREAR ENTIDADES PARA LA CONCILIACIÓN, ABRITRAJE Y MEDIACIÓN.**

**15.- PARA ALGUNOS AUTORES COMO SALZER-COLSON, LA IMPARCIALIDAD DE UN ÁRBITRO, MEDIADOR O CONCILIADOR ES UN MITO (METODO DE LA MEDIACIÓN GRUPO EDITORIAL PATRIA MEXICO 2010).**

## BIBLIOGRAFÍA FUNDAMENTAL

- 1.- **ALCALA ZAMORA Y CASTILLO NICETO**  
Política y proceso.- Madrid, España 1978.
- 2.- **ALSINA HUGO**  
*Tratado Teórico – práctico de derecho procesal civil y comercial.*- EDICA, Buenos Aires, Argentina 1942.  
**ALSINA HUGO**  
*Tratado teórico del Derecho Procesal Civil.*- EDICA. B.A. Argentina 1992
- 3.- **ALWYN PATRICIO.-**  
*El Juicio Arbitral.*- Ed. Jurídica 1958, CURIER- El Juicio Arbitral, Chile 1958.
4. **ANCE ALBERTO.-**  
*Derecho Internacional.* UDEG 1961.- Buenos Aires, Argentina 1996.
5. **ACOSTA ROMERO, MIGUEL.-** *Derecho Administrativo.*- 6ª Ed.- Porrúa, México 1986.
- 6.- **BARRIOS DE ANGELI DANTE.-**  
*El Juicio Arbitral,* Montevideo, Facultad de Derecho, Uruguay 1956.
- 7.- **BARRA MEXICANA.-**  
Opiniones 1933. Arbitraje necesario. – México.
8. **BRISERÑO SIERRA HUMBERTO.-**  
*El Arbitraje en el Derecho Privado,* Ediciones UNAM , México 1963.
9. **CLAMANDREI PIERO**  
*Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Tomo II, Ediciones Ejea, Buenos Aires, 1986.
10. **CAMPOS A.T. RICARDO.-**  
*El Fondo Monetario Internacional y la Administración Pública.* UAEM.- 2000 a 2004.- IAP Sonora 2010.- Tesis Doctoral.
11. **CARNACINI, TITO.-**  
*Arbitraje.* Publicado por Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961.
12. **CARNELUTTI FRANCESCO**  
*Cómo se hace un proceso,* Ediciones Lever, Colombia 2007.
13. **CARNELUTTI FRANCESCO.-**  
*Estudios de Derecho Procesal Civil,* Milán, Italia.- 1952

14. **CONTUZZI FRANCESCO.-**  
*El Derecho internacional.-* Milan, Italia 1953.  
*Arbitrilli Internacional. IL Digesto Italiano.-* Unione Tipográfico.- Turín 1896.- Vol. IV.
15. **CORTE DE LA HAYA 1912.**  
 Foro V Época Holanda 1975.
16. **COHN,E.**  
*Economic integration and international commercial arbitration.* Edit. Domic 1958
- 17.- **DOMKEM:** *The Law and practice of commercial arbitration Mundelein.* Illinois. 1968
18. **DEAN SOIA MENTSCHKOFF**  
*Commercial arbitration.-* Columbia law Review.- Columbia University of 1961
19. **DAVID RENE.-**  
*L'Arbitrage Dans Le Commerce International.* Paris 1981
20. **PALOMAR DE MIGUEL JUAN.-**  
 Diccionario Jurídico.- Tomo I, Porrúa, México, 2000.
22. **REDENTTI ENRICO.-**  
 El compromiso y la cláusula compromisoria. Digesto italiano 1921.
23. **RAFAEL DE PIÑA Y JOSÉ CASTILLO.-**  
 Instituciones de Derecho Procesal Civil.- Porrúa, México. 1969.
- 24 **ROBERT, JEAN.-**  
*Traite il arbitrage, civil e comercial en droit interne,* Sirey, Paris 1906
25. **SALGADO LEDESMA ERÉNDIRA**  
*Defensa de usuarios y consumidores* Porrúa 2007.- Méxi  
 co.
26. **SIMPSON J. L.-**  
*International Arbitration.- Steven And Sons LTD.* London 1959
27. **SOLÁ Y CANIZARES FELIPE.-**  
*Derecho Internacional comparado.* Barcelona España, 1963
28. **SIQUEIROS, JOSE LUIS.-**  
*Panorama Actual del Arbitraje Comercial Internacional.*  
 Arbitraje México Trillas, México, 2009
29. **ZAMORA Y SÁNCHEZ.-**  
 Oxford Arbitrage in International Institutions. G.B. 1990

## BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

1. **ALCAIDE VILLAGRASA, CARLOS.**  
*La Mediación ABZ*, Año 7, México.- 2001.
2. **AZAR MANSSUR, CECILIA.-**  
*Mediación y Conciliación- Dos Vías Alternativos de conflictos a considerar-* breviaros jurídicos. Nú. 11. Porrúa, México.- 2000.
3. **CERVANTES MARTÍNEZ, JAIME.**  
*Amigable composición y conciliación en materia concursal.* INIJA EDIT. Colección de Reflexiones Jurídicas. Vol. IV.- México.- U.N.A.M.
4. **DISPUTE RESOLUTION.**  
Journal Mayo; de Savizig tie and money in cross Bonder, ONU, 2002.
5. **DISPUTE RESOLUTION**  
TLCAN Mayo 2000 – 2001 American Arbitration Association.
6. **DISPUTE RESOLUTION JOURNAL.-**  
Feb-Abril 2001- American Arbitration Association.- USA.
7. **MENA VERGARA VÍCTOR.-**  
*Globalización y Derecho.* Universidad Central de Chile 2005.
8. **MONTERRUBIO LUIS.-**  
Comentarios a la obra de Azar Manssur .- UNAM – 1990.
9. **ORTEGA SOLÍS ADALBERTO .-**  
*Los retos de la Globalización en la enseñanza del derecho en Latino – América.* Congreso Latinoamericano. AFEIDAL .- Chile.-2003.
10. **RUÍZ GURIDI LORENA.-**  
La mediación.- Revista Universidad Católica. Chile.
11. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**
12. **CÓDIGO DE COMERCIO (LEGISLACIÓN)**
13. **CÓDIGO FERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.**
14. **DIVERSOS TRATADOS INTERNACIONALES, GATT, OMC, ETC.**

**15. LEY FEDERAL DEL TRABAJO (1932 – 1970).**