



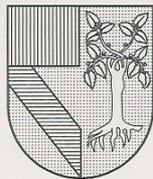
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

SERGIO ARMANDO SALCIDO BELTRÁN

**SUBSIDIARIEDAD: PRINCIPIO INFORMADOR
DEL ARBITRAJE COMERCIAL**

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jalisco, Febrero de 2010.



ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. SERGIO ARMANDO SALCIDO BELTRÁN
Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: "**SUBSIDIARIEDAD: PRINCIPIO INFORMADOR DEL ARBITRAJE COMERCIAL**", presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar ocho ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

DR. EDUARDO ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ



GOMEZARNAIZ
A B O G A D O S

Guadalajara, Jalisco, a 07 de octubre de 2009.

Dr. Eduardo Isaías Rivera Rodríguez
Director de la Escuela de Derecho
Universidad Panamericana
Campus Guadalajara
Presente.

Estimado Dr. Rivera,

Por este conducto me permito informar a Usted que, tras haber fungido como asesor en la elaboración de la tesis intitulada "*Subsidiariedad: Principio Informador del Arbitraje Comercial*", del señor Sergio Armando Salcido Beltrán, y después de haber intercambiado impresiones con el autor sobre el contenido de dicho trabajo, considero que el mismo satisface plenamente los requisitos necesarios para ser sometido a la aprobación de los revisores en el proceso de titulación correspondiente.

Atentamente,

Lic. Rubén Darío Gómez Arnauz

DEDICATORIA

A mi Madre.

A mi Padre.

Por Irma Rosa.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	1
I. ARBITRAJE COMERCIAL	8
II. UBICACIÓN DEL ARBITRAJE COMO UNA FORMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	10
III. MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	11
IV. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE	16
V. NOCIÓN DE ARBITRAJE	28
VI. CRECIENTE UTILIZACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL....	34
VII. ACUERDO ARBITRAL	36
1. Tipos de acuerdo	39
2. Elementos de existencia y validez del acuerdo arbitral	41
3. Principios rectores en relación al acuerdo arbitral	56
A)Autonomía del acuerdo arbitral	56
B) Principio de autonomía (de las partes frente al Estado)	63
4. Cláusulas patológicas	71
VIII.VENTAJAS DEL ARBITRAJE	79
1. Papel de las cláusulas modelo	85
IX. CULTURA ARBITRAL	88
X. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	90
XI. ¿EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD PODRÍA ESTAR DETRÁS DEL ARBITRAJE COMERCIAL?	95
XII. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS	102
XIII.EL PAPEL DE LA JUDICATURA EN MÉXICO ANTE EL ARBITRAJE	108
CONCLUSIONES	114
APARTADO DE PROPUESTAS	115
BIBLIOGRAFÍA	116

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene dentro de sus objetivos, uno toral: el demostrar que el arbitraje está informado por el principio de subsidiariedad. Para esto, primero que nada existe la necesidad de ubicarnos en lo que el arbitraje¹ comercial es. Una vez que se ubique al lector en la naturaleza y fines del arbitraje comercial, se hará un breve estudio acerca de los métodos alternos de solución de controversias y la ubicación del arbitraje dentro de los mismos. Posteriormente, en aras de un mayor entendimiento de la institución, del arbitraje, se hará una breve explicación de sus antecedentes, para luego detenernos un poco en el acuerdo arbitral y en las ventajas de este medio de solución de controversias.

Después se analizará el principio de subsidiariedad, para luego definir cómo efectivamente este principio informa el arbitraje. En consecuencia, se tratará en un capítulo el tema de la importancia de los principios y, por último, se analizará el papel del judicatura en México, tomando en cuenta que su coexistencia con el arbitraje comercial, se rige -o debería regirse- por un principio según el cual el Estado debe ejercer su influencia preponderantemente como un medio de cooperación al arbitraje comercial.

Algunos de los problemas que se presentan en el arbitraje derivan de no entender correcta y completamente la naturaleza de la institución, y que su raíz y fundamento es

¹ "Al hablar de "arbitraje" se deben contemplar procedimientos que involucran los siguientes elementos: (1) la existencia de una controversia; (2) cuya solución vendrá de un tercero que es un particular y no una autoridad; (3) que la decisión es final (no sujeta a apelaciones); y (4) que la decisión es vinculatoria (no sugestiva). GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 19.

el principio de subsidiariedad (la base de una mentalidad arbitral).

No es cosa pequeña el no entender o el no tener dicho principio (de subsidiariedad) como base del arbitraje. La posición que guardemos al respecto puede ser la clave para resolver muchos problemas, o la raíz de otros tantos.

Desde que un tribunal del Estado pretende tener injerencia en el arbitraje, hasta la ejecución del laudo que en su momento dicte el tribunal arbitral, el principio de subsidiariedad es fuente de orientaciones para el adecuado funcionamiento de la institución arbitral. En contrapartida, ignorarlo puede suponer una adulteración de la figura.

Particularmente, considero que el entender dicho principio de subsidiariedad ayudaría a resolver los problemas que se presentan ante las cláusulas denominadas por la doctrina como "patológicas"; igualmente a los posibles problemas en la composición del tribunal arbitral.

Por otra parte se ayudaría a resolver las cuestiones relativas a los conflictos de competencia y a la intervención del Estado para tales efectos, así como la problemática del paralelismo del proceso arbitral². Además, se le daría un mayor fundamento a las medidas precautorias que podrían dictar los tribunales arbitrales, y aquellas que decreten los tribunales estatales. En general, cualquier problema que pueda surgir en la substanciación del procedimiento arbitral podrá ser mejor entendido y resuelto si se tiene tal principio como base.

² GRAHAM Tapia, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, México, Editorial Themis, 2000, p. 37.

Particularmente al momento de ejecución de los laudos la aplicación de la subsidiariedad sería de gran ayuda. Además, el entender mejor la naturaleza del arbitraje podría ayudar a evitar alguna intervención excesiva del Estado, al intentar fincar responsabilidades al tribunal arbitral o, en su caso, a la institución administradora del arbitraje.

Se analizará la relación del principio de autonomía con el principio de subsidiariedad, a lo cual hay que recordar que es firme voluntad de los contratantes, que en un momento dado se han sometido a un arbitraje comercial, el no someterse a los tribunales estatales, razón por la cual claramente han señalado como medio para resolver sus controversias a un procedimiento eminentemente privado, tomando en cuenta la autonomía de la voluntad.

Los beneficios derivados de la presente investigación serán que se conozca más a detalle la naturaleza misma del arbitraje, y la forma en cómo ha de desempeñarse el actuar estatal en el medio en que nos desenvolvemos, para que impere una conciencia de respeto y cooperación a dicha institución, como lo aconseja el principio de subsidiariedad.

Con estas propuestas, se podría dar un paso para resolver el problema práctico existente: la falta de conciencia y cultura arbitral. Proponiendo al arbitraje como una opción para la solución de ciertas controversias.

El problema que considero existe es que el Estado Mexicano, particularmente los funcionarios judiciales (la judicatura) no se ha empapado de la naturaleza del arbitraje

y la función de cooperación esperada de su parte, así como de los beneficios del mismo.

La mentalidad estatista lleva a considerar que la función jurisdiccional es originaria del Estado (lo que Oppetit llama función "regaliana"³). Los tribunales, en los que está presente este principio de razonamiento, tenderán a tener injerencia excesiva. En oposición a esto, el principio de subsidiariedad reconocería que la función de adjudicar no es originaria del Estado, sino de los particulares.

Lo anterior, no debería de ser así, ya que por el contrario, la substanciación de mayor número de casos sujetos a procedimientos arbitrales ayudaría a los funcionarios judiciales, en virtud de que al poderse resolver los conflictos en un ámbito más sencillo (en el ámbito privado) haría innecesaria la intervención estatal en esos casos, evitando la saturación de casos por resolver en tribunales estatales, facilitando procedimientos más expeditos para aquellos casos en los que fuere estrictamente indispensable la intervención estatal, al no poderse solucionar el problema en el ámbito privado.

Un juez que razonara en clave de subsidiariedad tendería a reservar la intervención judicial a los casos en que fuera estrictamente indispensable y dejaría a los árbitros la resolución de la mayor parte de los asuntos.

Por otra parte habrá que reconocer algunos de los problemas que impregnan el sistema judicial mexicano como son entre otros los siguientes:

³ Cfr. OPPETIT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Tr. Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza, y José Joaquín Caicedo Demoulin, Colombia, Editorial Legis, 2006, pp. 36-40.

- a) Sobrecúmulo y sobrecarga de trabajo en los tribunales.
- b) Impartición de justicia lenta y excesivamente formalista. Desbordamiento y complejidad de los recursos contra decisiones judiciales.
- c) Resoluciones que no son las de mejor calidad, en el sentido de que atienden más a guardar la unicidad del sistema (por ejemplo) resolviendo los casos más con miras al acato de la jurisprudencia de instancias superiores que a la complejidad única de cada caso y al interés de las partes.

Es importante entonces, reconocer la bondad del arbitraje comercial, para que así cada institución se dedique a lo que le es propio por naturaleza: el arbitraje, a resolver los casos que sí se puedan resolver de manera privada, en una primera instancia, y luego, el Poder Judicial, a ayudar a los particulares a resolver sus controversias cuando, por las circunstancias o características de las mismas (costos, necesidad de medios coactivos, etc.) éstas no fueren susceptibles de resolverse de manera privada.

En consecuencia, con lo anterior, también se podría lograr, que al bajar el cúmulo de trabajo de los tribunales jurisdiccionales, tengan oportunidad de resolver los casos, en los que sí sea indispensable que intervengan, en un menor lapso de tiempo y también con una mejor calidad.

El que el arbitraje comercial se apoye en ciertos casos en el Estado (ya que el tribunal arbitral no cuenta con poderes coactivos) para que éste coopere a través de sus tribunales jurisdiccionales estatales, para que reconozcan el laudo (en caso de que las partes no quieran acatar voluntariamente la resolución arbitral o laudo), y para que ejecuten dicho laudo (hasta llegar a utilizar la fuerza pública), es la expresión más clara del "subsidiium" que presta el Estado al arbitraje.

La jurisprudencia podría ser un vehículo para explicitar la existencia del principio de subsidiariedad en el arbitraje, que ayudaría a observar qué comportamiento tienen los funcionarios jurisdiccionales del sistema judicial del Estado Mexicano respecto del arbitraje.

El reconocer que el principio de subsidiariedad es informador de la institución del arbitraje ayudaría a entender mejor (tanto los particulares como el Estado) la naturaleza y el papel que juega cada quien, logrando así que se deje de ver a la impartición de justicia como una facultad regaliana. En una primera instancia, los particulares tienen la facultad de resolver sus problemas en el ámbito más sencillo y privado, y por vía de consecuencia, de forma residual los tribunales estatales resolverían aquellos casos que no podrían resolverse a través del arbitraje, estando menos cargados y más cómodos.

El principio de subsidiariedad subyace actualmente en la solución de numerosos casos de coexistencia entre la competencia de los tribunales arbitrales y estatales. De la

constatación y aceptación explícita de esta presencia subyacente del principio de subsidiariedad, por ejemplo, en la legislación arbitral, podrían derivarse soluciones concretas a temas que no están explícitamente resueltos por dicha legislación.

De dicha hipótesis se espera que se pueda demostrar y comprobar que efectivamente el reconocimiento del principio de subsidiariedad como principio rector del arbitraje y que el fomento del conocimiento de los beneficios del arbitraje comercial, pueden acarrear que el comportamiento de los funcionarios judiciales sea de un mayor apoyo y cooperación al arbitraje comercial.

Así que con esta comprobación, podría proponer que para que el actuar de los tribunales estatales mexicanos sea adecuado, al comportamiento que deberían desplegar frente al arbitraje comercial, es necesario que se lleve a cabo una sensibilización en lo particular, del arbitraje comercial y del principio de subsidiariedad como principio rector del arbitraje, logrando así dejar en claro su naturaleza y los beneficios del arbitraje comercial, para que así desarrollen los funcionarios judiciales un mejor papel más encaminado a la cooperación.

I. ARBITRAJE COMERCIAL

El tema principal de esta tesis está relacionado con el arbitraje comercial, por lo que antes de abordar el tema específico del papel del Estado Mexicano ante los eventuales arbitrajes, a la luz del principio de subsidiariedad, y el acuerdo arbitral, sería conveniente explicar a grandes rasgos el arbitraje en sí.

*"La presencia del arbitraje en las relaciones comerciales internas e internacionales se justifica por su gran utilidad para resolver los conflictos jurídicos que se suscitan entre las partes al formarse el contrato que liga a productores y distribuidores o éstos con sus clientes o empresas auxiliares. Se pactan condiciones determinadas que andando el tiempo son la materia de la discrepancia por la distinta interpretación y que están expuestas al litigio por la forma de aplicar las estipulaciones convenidas, además de que suelen presentarse reclamaciones por causas llamadas extracontractuales, debido a que se trata de circunstancias no previstas en el convenio o que provienen de hechos independientes a la contratación."*⁴

Vale la pena citar a José Luis Roca Aymar, para esbozar lo relacionado al arbitraje y al comercio internacional:

*"Centrados exclusivamente en el ámbito internacional, se puede constatar la pluralidad existente de leyes, usos y costumbres, por un lado, y la variedad y complejidad de las transacciones comerciales internacionales, por el otro, unido a las crecientes dificultades que existen y coexisten en la práctica cotidiana relativas a la ejecución de contratos de toda clase, puestas de relieve en reiterados arbitrajes internacionales."*⁵

⁴ BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El Arbitraje Comercial, Doctrina y legislación*, México, Limusa Noriega Editores, Segunda Edición, 1999, p. 7.

⁵ ROCA AYMAR, José Luis, *El Arbitraje en la Contratación Internacional*, España, ESIC Editorial, Instituto Español de Comercio (ICEX), 1994, p. 11.

Por otra parte, José Luis Roca Aymar, sostiene que esta técnica (el arbitraje) es nacida del mundo del derecho pero que tiene proyección al mundo de los negocios.⁶

Antes de iniciar propiamente el estudio del arbitraje, considero de especial importancia se ubique al arbitraje y que se explique qué es el arbitraje, así como su regulación, su naturaleza jurídica y la función que ocupa en el sistema jurídico.

⁶ *Id.*

II. UBICACIÓN DEL ARBITRAJE COMO UNA FORMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Citaré algunas palabras de Bruno Oppetit, en relación al arbitraje, esperando sean útiles para irnos adentrando en la materia:

*"El arbitraje fascina por la impresión que puede dar de escapar en gran parte a la influencia de las sociedades organizadas; por la ambigüedad, factor de libertad que le confiere su débil anclaje espacial; por la influencia que ejerce en el juego de los intereses y en la solución de los conflictos; por su indeterminación a la luz del derecho, que lo convierte en un fenómeno cuya existencia precede su esencia, crea en el hombre el sentimiento, o por lo menos la ilusión, de que en sus manos, puede constituir un instrumento al servicio de su voluntad de poder y un medio de sustraerse de la norma común."*⁷

Considero de importancia que se ubique al arbitraje como un método de solución de controversias. Una vez identificado dentro de los métodos de solución de controversias, habrá que especificar dentro qué rama considero se encuentra.

⁷ *Op. cit.*, OPPETIT, Bruno, p. 17.

III. MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los métodos de solución de controversias en sentido general, son aquellos métodos o posibles caminos que tienen las partes, que ya se encuentran en conflicto o ante la posibilidad de un eventual conflicto, para solucionar la controversia.

Para clasificarlos, en relación a la intervención de terceras personas ajenas a las partes, se puede señalar que se dividen de la siguiente manera:

- a. Métodos de solución controversias Auto-compositivos, y
- b. Métodos de solución de controversias Hetero-compositivos.

Los métodos de solución de controversias auto-compositivos son aquellos en los cuales se busca la solución de alguna controversia sin que intervenga algún tercero con facultad de resolución. Es decir, sólo intervienen las partes, ya sea en alguna negociación sin ninguna intervención, o pueden intervenir terceras personas con la única finalidad de propiciar las condiciones adecuadas para una resolución de la controversia, pero la intervención de estas terceras personas no resuelve ni es obligatoria.

Se puede decir incluso, que el mismo término "auto-compositivo" da la idea de lo que es el método en sí: auto, que por sí solo; compositivo: se busca componer. Así que se podría decir someramente que es aquel en que las partes

buscan por sí solas componer o resolver la controversia o problema, sin que intervenga un tercero diciendo cuál es la solución.

En cambio, los métodos hetero-compositivos, se caracterizan precisamente por la intervención de terceras personas, que son quienes van a decidir y resolver la controversia, quedando obligadas las partes a acatar su resolución.

Al igual que el anterior, el mismo término "hetero-compositivo" también nos da la idea de lo que es el método: hetero, otro o a través de otro; compositivo, busca o se busca componer o resolver.

Dentro de los métodos auto-compositivos se incluyen principalmente:

- a) la negociación,
- b) la conciliación, y
- c) la mediación⁸.

Mientras que dentro de los métodos hetero-compositivos se incluyen:

- a) el litigio convencional, a través de tribunales estatales, y
- b) el arbitraje.

⁸ A pesar de que no es materia del presente trabajo, vale la pena señalar que existe una falta de consenso en relación a la naturaleza exacta y diferencia entre la conciliación y la mediación, incluso algunos las separan u otros las señalan como sinónimos. *Vid., op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p. 26.

Como se menciona con antelación, los métodos de solución de controversias en sentido general, son aquellos métodos o posibles caminos que tienen las partes, que ya se encuentran en conflicto, o ante la posibilidad de un eventual conflicto, para solucionar la controversia.

El método o mecanismo de solución de controversias por antonomasia es el litigio convencional, acudiendo a la instancia de los tribunales estatales.

De ahí, que se considere que el resto de los métodos de solución de controversias sean considerados como alternos o alternativos, por el simple hecho de ser distintos al método convencional que es el acudir a tribunales estatales.

Algunos autores también los denominan como "Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias" (o comúnmente conocidos como MASC o en inglés como ADR⁹).

De acuerdo con Francisco González De Cossío, los mecanismos alternativos de solución de controversias son: *"herramientas que con creciente frecuencia son utilizadas para solucionar diferencias de una manera amistosa y sin la necesidad de tener que recurrir a medios adversariales, como el arbitraje y el litigio."*

Respecto de la anterior cita, considero relevante hacer la aclaración de que hay que separar la noción de los métodos alternos de solución de controversias en sentido amplio y los métodos alternos de solución de controversias en sentido estricto.

⁹ Por las siglas del inglés *Alternative Dispute Resolutions*.

En sentido amplio se incluye también al arbitraje como un método alternativo de solución de controversias, toda vez que es distinto del método tradicional o por excelencia, que es el acudir a los tribunales estatales.

Luego, en sentido estricto, se clasifica a los métodos alternos de solución de controversias, tal como lo mencionaba Francisco González De Cossío, como aquellos distintos de los métodos adversariales: arbitraje y litigio convencional.

Por lo anterior, para ser un poco más esquemático, y explicar de una forma más clara, se expone a través del siguiente esquema:

- Métodos de solución de controversias en general
 - a) Método de solución de controversias tradicional:
 - Litigio en tribunales estatales
 - b) Métodos Alternativos de Solución de Controversias en sentido amplio:
 - 1.- Arbitraje
 - 2.- Métodos Alternativos de Solución de Controversias en sentido estricto:
 - Negociación
 - Conciliación
 - Mediación

Mientras que, por otra parte, atendiendo a la intervención de terceros se puede decir que:

- Métodos Hetero-compositivos:

- o Litigio convencional ante tribunales estatales,
y
- o Arbitraje.
- Métodos Auto-compositivos:
 - o Negociación,
 - o Conciliación,
 - o Mediación.

Por lo que una vez expuesto lo anterior, podría concluir que el arbitraje se encuentra ubicado dentro de los métodos de solución de controversias hetero-compositivos, y que además se encuentra dentro de los métodos alternos de solución de controversias en sentido amplio, mas no en el estricto sentido.

IV. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE

Algunos afirman que el origen del arbitraje es verdaderamente remoto, tan es así, que incluso afirman que nació antes que el derecho y la autoridad judicial. Para sostener lo anterior, se hace referencia a José Luis Siqueiros, quien menciona:

*"El arbitraje como un método para la resolución pacífica de controversias, es un concepto de antigüedad tan venerable como la ciencia del derecho. Carnelutti ha dicho que el árbitro nació antes que el derecho y la autoridad judicial. Sus raíces se encuentran en forma incipiente desde los tiempos más remotos. En la Biblia se hace ya referencia a los árbitros en el Génesis y el Éxodo y en Roma las XII Tablas también mencionan el arbitraje."*¹⁰

Por otra parte, Jorge Alberto Silva, sostiene que *"resulta difícil presentar su inicio histórico porque el arbitraje tiene raíces en la prehistoria; es decir, cuando aún no se utilizaba la escritura y cuando todo parece nebuloso y confundido con mito, magia y leyendas"*¹¹.

Se considera que al referirse al arbitraje, y al adentrarse en su historia, se está realizando una labor difícil, particularmente porque se está refiriendo a una antiquísima institución.¹²

Pero de cualquier manera, bastará situar su surgimiento al mismo tiempo que el proceso jurisdiccional estatal, o incluso antes, según señalan algunos estudios. Al respecto, citaré a Jorge Alberto Silva, quien textualmente refiere:

¹⁰ SIQUEIROS, José Luis, en el Prólogo a la obra de GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, titulada Arbitraje, México, Editorial Porrúa, 2004, p XIII.

¹¹ SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, México, Perezniето Editores, 1994, p. 37.

¹² Id.

"No vamos a reconstruir hechos y a interpretarlos, nos bastará tan sólo recordar que algunos estudiosos han sostenido que antes de que surgiera el proceso jurisdiccional estatal ya había surgido el proceso arbitral. Tenemos igualmente quien sostiene que ambos surgieron simultáneamente, aunque en diferentes pueblos. Pero lo cierto es que aun cuando hubiese existido el proceso jurisdiccional estatal, éste no estuvo tan acentuado o monopolizado, y que las partes tenían un mayor juego en la decisión de sus controversias; prueba de ellos es que aún en épocas más antiguas la venganza privada fue la que prevaleció."¹³

Continúa señalando Jorge Alberto Silva, que dejando atrás la prehistoria para pasar a la historia (conociéndose ya la escritura en esta época), "es bien poco lo que del arbitraje conocemos. Esto nos debería obligar a revisar los antecedentes en el viejo Egipto, India, Asia central y Grecia, incluyendo el Código de Hamurabi, el Zand Avestra o la Biblia."¹⁴

Hay que destacar que, tal cual como hoy conocemos los medios de resolución de conflictos, "no arrancan de la remota antigüedad, sino de una época más avanzada del Derecho romano, en que ya se olvida la magia, el misticismo y la teatralidad."¹⁵

Por otra parte, el mismo Jorge Alberto Silva, refiriendo como dato curioso, hace la cita de Medina Lima, quien se adentra en la mitología de la vieja Grecia:

"se dice ... que el primer arbitraje llevóse a cabo por mandato de Zeus, en ocasión de haberse suscitado una cuestión acerca de quién fuera la más bella entre tres grandes deidades femeninas: Hera, Atena y Afrodita. Para decidirla el padre de los dioses ordenó a Hermes, hijo suyo y de la diosa Maya, que

¹³ Id.

¹⁴ Id.

¹⁵ Id.

hiciera saber a Paris, dios joven dotado de relevantes prendas masculinas que vivía apacentando unos bueyes en el Monte Gágaro, que sería éste quien debería decidir el conflicto y entregar en premio a la que declarase vencedora, una gran manzana de oro que desde luego el propio Hermes puso en sus manos.

En un principio Paris trato humildemente de declinar el encargo, más al fin hubo de acatar el mandato de Zeus y desde luego se dispuso a cumplirlo. Al efecto, mandó que las tres diosas vinieran ante él y ordenó, además, que para juzgar de su belleza se le mostraran completamente desnudas; ellas obedecieron y además, cada una a su turno, en la forma más seductora posible fue tratando de inclinar a su favor el juicio de Paris. Así Hera, en primer lugar, tras de hacerle observar su impecable perfección estética le prometió hacerlo señor del Asia con todas sus riquezas si él decidiera otorgarle la codiciada manzana. Atena, por su parte, le aseguró que si el fallo le favoreciera ella lo convertiría en el más sabio, hermoso y fuerte de todos los hombres, capaz de vencer en todas las batallas. Finalmente Afrodita, además de hacerle ver de cerca su propia perfección femenina, ofrecióle a cambio del fallo a su favor lograr para él el amor de Helena, delicada y sublime hija de Zeus y de Leda, a la que a pesar de ser esposa de Menelao ella podría hacer que lo abandonara para entregarse a Paris. Éste, tras de realizar la difícil comparación entre las tres deidades concursantes entregó por fin la gran manzana de oro a la diosa del amor, Afrodita. Y fue tan justa la decisión del árbitro en aquella ocasión, que desde entonces y a lo largo de los siglos Venus-Afrodita ha sido reconocida siempre como paradigma de la belleza femenina".¹⁶

Dejando de lado lo interesante de la mitología griega, y la remota antigüedad, referiré al análisis que continúa haciendo el mismo Jorge Alberto Silva, mencionando a grandes rasgos lo más característico de Roma, Alemania, Inglaterra, Estados Unidos de América, Francia, España, Consulados, Hispanoamérica, y el desarrollo internacional.

En lo concerniente a Roma, se sostiene que:

¹⁶ MEDINA LIMA, Ignacio, *El Arbitraje Privado en nuestro derecho*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XX, XVIII. Enero-Junio, 1998, p. 158. Apud. *Ibid.*, p. 38.

*"En el viejo Derecho romano, aunque era permisible el acuerdo arbitral, la ley sólo reconocía el acuerdo para litigios presentes y no para los futuros y, por desgracia, los tribunales romanos no podrían ejecutar el laudo que se pudiera llegar a dictar. No fue sino hasta con Justiniano cuando un laudo pudo ser ejecutado, a condición de que la ejecución fuese aceptada por escrito o que transcurrieran 10 días sin oposición."*¹⁷

A su vez, considero conveniente citar lo conducente al antecedente en Alemania:

"Los germanos al igual que los bárbaros godos, tras la caída del Imperio Romano, confrontaron el sistema de la territorialidad romana, con el sistema personalista del invasor. La cultura goda se caracterizó porque en ella no había nacionalidades y el Derecho no era escrito. La forma de resolver cualquier controversia requería la aplicación de normas de Derecho común no legislado. A su vez, el comercio era para ellos de gran importancia, y los comerciantes podían resolver sus controversias por ellos mismos.

En las viejas leyes germanas se dice que era permisible el reconocimiento de acuerdos arbitrales para litigios futuros, pero luego de la recepción del Derecho romano las reglas germanas fueron desplazadas.

*Durante los Siglos VII y VIII con el desarrollo de la soberanía territorial el arbitraje prácticamente desapareció. Fue en los Códigos Bávaro (1753) y de Prusia (1794) cuando se permitió. Las restricciones que impedían su desarrollo en Alemania sólo se removieron hasta el Código de Procedimientos Civiles en 1877, en que se autorizó el acuerdo para litigios futuros, e incluso se autorizó a los tribunales judiciales para designar árbitros."*¹⁸

Con respecto a los antecedentes en Inglaterra se manifiesta lo siguiente:

"El Parlamento Inglés en 1698 aprobó la primera ley sobre arbitraje en la cual se disponía que unilateralmente ninguna de las partes debería revocar el acuerdo arbitral. Con lo que se trató de fortalecer al proceso arbitral. Pero, por desgracia,

¹⁷ *Ibid.*, p. 39

¹⁸ *Id.*

no se estableció en la ley la prohibición a las partes para revocar el nombramiento del árbitro. De manera que revocado el nombramiento del árbitro no había proceso arbitral.

Fue hasta 1833 cuando se prohibió revocar el nombramiento del árbitro. Vino luego la ley de 1854 (*The common law procedure act*) que estableció que los tribunales judiciales deberían sobreseer cualquier procedimiento que impidiera la ejecución del acuerdo arbitral, asimismo le dio la facultad a los tribunales judiciales para designar árbitros cuando hubiese fallado el nombrado por las partes.

En el caso de Inglaterra sabemos de soluciones judiciales en las cuales se rechazó la posibilidad de recurrir al arbitraje. Recordemos, por ejemplo, que hasta antes del caso *Scout vs. Avery* en 1856 era imposible que los conflictos se solucionaran mediante el arbitraje, en parte porque por aquel entonces los jueces cobraban por resolver disputas y reconocer al arbitraje ello significaría tanto como alentar a la competencia. (...)

La ley de 1889 le dio efectos totales al acuerdo arbitral, no sólo para cuando el litigio ya había surgido, sino también para los litigios futuros. Igualmente, un laudo extranjero sólo se vino a ejecutar hasta 1927. Inglaterra ha sido un punto importantísimo en el desarrollo del arbitraje comercial internacional. Únicamente la 'London Corn Trade Association' resolvió, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, más de 20,000 litigios por año.¹⁹

Por otra parte, en lo relativo al antecedente en Estados Unidos de América, me permito citar lo siguiente:

"En Estados Unidos de América, tal vez porque las reglas del proceso arbitral se calificaban como procesales, prácticamente no fue empleado. La posibilidad de las partes para revocar el acuerdo arbitral era por lo tanto permisible. Esta regla de revocabilidad estuvo vigente hasta 1920, para los acuerdos relativos a litigios presentes, no así para los futuros, donde aún persistió la regla de la revocabilidad.

En los casos de irrevocabilidad, está (sic) fue eficaz sin necesidad de acuerdo o resolución judicial. Las resoluciones en Nueva York y sus leyes llegaron a ser líderes en toda la unión. Se estableció que ante la negativa a designar árbitros,

¹⁹ *Ibid.*, p. 40.

el tribunal judicial lo podía hacer. Fue prácticamente la Ley de Arbitraje de 1926 (United States Arbitration Act) con la que plenamente se consolidó el arbitraje en el interior, porque hasta 1970, Estados Unidos de América adoptó la convención de Nueva York.

Actualmente, en Estados Unidos de América se suele estudiar el arbitraje en dos dimensiones: el arbitraje regulado bajo el common law, en gran medida regulando el arbitraje interno; y el arbitraje regulado por la codificación, que en gran medida regula al arbitraje comercial internacional."²⁰

No hay que dejar de estudiar lo relacionado a Francia, en materia arbitral:

"El Código Napoleónico de Procedimientos Civiles, desde su aparición hasta 1925 (en un lapso de más de 100 años), exigió que el convenio arbitral precisara el objeto litigioso, así como los nombres de los árbitros; limitando la validez y existencia del convenio únicamente a los litigios presentes y excluyendo los futuros. Según el Código de Comercio sólo se permitía en litigios sobre seguros marítimos. El arbitraje para litigios futuros sólo fue reconocido hasta diciembre de 1925.

A diferencia de lo que ocurría en los tribunales de Estados Unidos de América, el Código Francés no consideró que los requisitos se pudieran calificar como de Derecho procesal, por lo que se pudieron reconocer los acuerdos extranjeros sin considerar que se pudiera contravenir el orden público"²¹

En cuanto a los antecedentes generales de España del arbitraje, vale la pena señalar:

"Resulta interesante la historia de España, donde hemos encontrado una amplia legislación en torno al arbitraje en las Leyes de Toro, las Siete Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación, e incluso fueron objeto de comentario por Joaquín Escriche, quien refirió diversos pasajes de comentaristas de aquellas medievales épocas. Aquí en España se le dio una gran importancia a los consulados (...).

²⁰ Ibid., pp. 40 y 41.

²¹ Ibid., p. 41.

En la hipótesis que plantea Zwancae, durante la época feudal fue propicio el juicio arbitral. Sostiene que "los señores, celosos y atemorizados del poder real, aumentando a sus expensas, preferían a menudo someter las cuestiones a juicio arbitral más bien que dirigirse a la corte. De está (sic) manera el arbitraje resultó frecuentemente utilizado entre los más altos personajes del feudalismo, contemporáneamente al reinado de los primeros Capetos. Mas cuando la autoridad del rey y la de su corte de justicia fueron aceptadas uniformemente, los casos de arbitraje resultaron menos frecuentes..."²², a grado tal que todavía hacia 1964, se resolvió que los laudos arbitrales extranjeros no podían ser objeto de reconocimiento.

En esta resolución, adoptando la posición contractualista, se estableció que se pueden ejecutar las decisiones judiciales extranjeras "y no el simple laudo de arbitraje privado, que únicamente ostentaría la condición de contrato o documento vinculante para las partes interesadas..."²³.

En cuanto a los Consulados, cuyo antecedente en arbitraje no es tan conocido, se sostiene que:

Juan Hevia Bolaños llegó a definir al Consulado como "el Tribunal de Prior y Cónsules Diputados para el Conocimiento de las Causas de Mercaderes, Tocantes a su Mercancía", esto es, que remarcó el objeto del Consulado como un tribunal.

Ante la ausencia de un fuerte poder estatal los gremios de comerciantes crearon sus propios procedimientos y tribunales, cuyas reglas fueron luego compiladas en estatutos u ordenanzas. En esto contribuyeron las ferias, como las de Lion, La Champaña, o la de Villa del Campo.

El más lejano antecedente de estos estatutos aparece en el Siglo XII. Se trató del Consulado del Mar, especializado en la resolución de conflictos marítimos, bajo cuyas prácticas pronto se difundió la actividad consular. Son importantes los Roolos de Oleron, las Leyes de Wisby y las actas de las Asambleas de la Liga Hanseática.

Para 1494 y 1511 se fundaron los consulados de Burgos y Bilbao y para 1543 el de Sevilla, luego se trasladó a Cádiz, que fue el puerto del monopolio con el comercio indiano.²⁴

²² ZWANCAE, Carlos, *Juicios de árbitros*, p. 226. Apud. *Ibid.*, p. 40.

²³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil internacional*, p. 210. Apud. *Id.*

²⁴ El pie de página número 14 de la página 43 de la obra antes citada de SILVA menciona: Mantilla Molina apunta que "en el año de 1494, los Reyes Católicos confirieron privilegio a

Ya en las colonias españolas en América se fundaron los consulados de Lima (1592) y de México (1592) y al siglo siguiente aparecieron los de Caracas y Guatemala (1793), Buenos Aires y Habana (1794), Cartagena, Chile, Guadalajara y Veracruz (1795), así como el de Manila (1806).

La evolución de los consulados medievales, incluyendo el de la Lonja de Valencia, por intervención del juez, llevó en 1830 (época del Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Española) a considerarlo en la jurisprudencia mercantil como oscuro, incierto y complicado. Cada consulado -decía la Exposición de Motivos- no se apegaba a la voluntad del legislador, por lo que los pleitos -según la Exposición- eran más complicados, largos y dispendiosos.²⁵

En el caso de México, el Consulado fue el de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España, que hacia 1821 se convirtió en el Tribunal Consular del Imperio Mexicano, y, aunque logró sobrevivir a la caída del imperio, fue abolido en 1827.

Como expresa Ruiz Guerra, se utilizaba para resolución de controversias entre mercaderes, pero no los de las tiendas fijas, sino los grandes mercaderes; aquéllos que comerciaban entre diversos reinos.

Realmente el Consulado de la Ciudad de México no se quedó en la mera resolución de controversias, sino que también participó en la obra pública. (...)

El Tribunal se componía de un prior y dos consulares, que eran elegidos por los mercaderes matriculados y no podían ser extranjeros. El Tribunal también tenía un alguacil, que era el que ejecutaba las decisiones.

Como instancia autónoma existía un juez de apelación, que éste sí era designado por la

la Universidad de Mercaderes de la Ciudad de Burgos 'para que tengan jurisdicción de poder conocer y conozcan de las diferencias y debates que hubieren entre mercader y mercader, y sus compañeros y factores, sobre el tratar de las mercaderías...' y para que hicieran las Ordenanzas 'cumplideras al bien y conservación de la mercadería', sometiéndolas a la confirmación regia. En 1511 se confió análogo privilegio a la Villa de Bilbao, y en 1539 el rey conoció la facultad jurisdiccional de la Casa de Contratación de Sevilla, que en su principio tuvo el monopolio del comercio con las Indias, respecto del cual conservó durante mucho tiempo gran importancia; el 23 de agosto de 1534, como anexa a dicha Casa, se formó, por real orden, la Universidad de Cargadores de las Indias, con las mismas facultades jurisdiccionales que tenían los Consulados de Burgos y de Bilbao". Mantilla Molina, Roberto. *Derecho Mercantil*. Pag. 11.

²⁵ El pie de página número 15 de la página 43 de la obra antes citada de SILVA textualmente refiere: Fairen Guillén, Víctor. *El arbitraje del consulado de la Lonja de Valencia*. Pag. 1312. La ley de 16 de octubre de 1824 suprimió los consulados en España y fueron sustituidos por los tribunales especiales de comercio.

Autoridad Real, pero actuaba al lado de mercaderes que daban "su parecer por escrito"²⁶.

Por otra parte, se señala lo referente a los antecedentes en Hispanoamérica:

"Las colonias españolas no difirieron de la actividad realizada por los consulados. Así, por ejemplo, en 1595 se creó el Consulado y Universidad de Comerciantes en Lima, y en 1743 el Consulado de Guatemala. Otros consulados de importancia, además de los de México, fueron los de Buenos Aires, Caracas, La Habana y Santiago de Chile.

En Latinoamérica fue muy poco el interés manifestado por el arbitraje.

En Brasil la materia fue regulada en el Código Civil de 1917, pero de acuerdo a la Suprema Corte los convenios para litigios futuros no eran válidos. El acuerdo que se firme sólo sirva para que a futuro se pacte el acuerdo arbitral (convenio de convenir a futuro).

En Argentina el Código de Procedimientos Civiles contenía una disposición similar a la francesa, por lo que el acuerdo para litigios futuros también era inválido. La reforma de 1981 exige que al surgir el litigio las partes deberán otorgar el compromiso.

En los demás países, sólo se permitió el arbitraje para litigios presentes.

En opinión de Ulises Montoya, quien se enfoca al ámbito latinoamericano, el arbitraje ha cursado varios periodos: uno de rechazo y otro de adopción del mismo. La década de los setentas es la que separa ambas etapas.

Fue rechazado con la implementación de la Cláusula Calvo, que lleva cualquier litigio donde haya una empresa extranjera, a ser resuelto por tribunales internos; también se desautorizó con el rechazo a la cláusula de elección del foro implementada en el Convenio del Banco Mundial; igualmente fue desautorizada con la adopción del Código de Conducta de Empresas Transnacionales, en donde se les exige sometimiento a leyes y reglamentos del país receptor.

²⁶ En la nota al pie 16 de la página 44 de la obra antes citada de SILVA, se establece: Este párrafo, con la salvedad de las notas de Fiaren y de Mantilla Molina, relativo a los consulados, corresponde a una síntesis del trabajo de Ruiz Guerra, Rubén. El consulado de comerciantes de la Ciudad de México. Aunque este autor no lo considera como tribunal arbitral, tampoco entra a su naturaleza jurídica, y utiliza la alocución de tribunal judicial. SILVA, *ibid.*, pp. 42 a 44.

En la zona norte del continente americano se ha cobrado mayor impulso al arbitraje, incluso por encontrarse establecido en el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos (TLC). Documento que no sólo propicia sino que obliga a los gobiernos a propiciar el uso del arbitraje. Los resultados de esto aún están por verse.²⁷

Una vez analizado lo anterior, vale la pena destacar el antecedente relativo al desarrollo internacional del arbitraje:

"El Siglo XX ha sido el siglo del arbitraje comercial internacional. Es decir, el siglo donde ha habido un desarrollo del Derecho convencional internacional más importante y propicio al arbitraje comercial. Aunque como antecedente, en 1889, es decir a finales del Siglo XIX, se firmó la Convención de Montevideo, convención sobre procedimiento civil, que contenía reglas sobre arbitraje.

En el Siglo XX tenemos, en 1911, la Convención de Bolivia; en 1915 la Conferencia Panamericana; en 1923 el Protocolo de Ginebra relativo a cláusulas de arbitraje, que fue promovido por la Cámara de Comercio Internacional y que aludió a las controversias futuras; en 1927 la Convención de Ginebra, aplicable sólo a los Estados contratantes; en 1928 el Código Bustamante; en 1929 la Convención de Ginebra para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros; en 1940 el Tratado de Montevideo, que enmendó el tratado o convención de 1889; en 1958 la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York, que seguramente ha sido la más importante por el número de suscriptores y que establece a diferencia del Protocolo de Ginebra que pueden ejecutarse laudos provenientes de Estados no contratantes; en 1961 la Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional, también de Ginebra, y que sigue a la de Nueva York, y agrega el caso de Estados y entidades públicas como sujetos comprometidos; en 1965 la Convención para el arreglo pacífico de diferencias relativas a inversiones entre Estados nacionales y otros Estados, se le conoce también como Convención de Washington; en 1966 la Convención de Estrasburgo, que contempla un proyecto de ley uniforme; en 1972 la Convención de Moscú; en 1975 la Convención de Panamá, que venía de un proyecto de 1967 según proyecto del Comité Interamericano de

²⁷ Ibid., pp. 44 y 45.

Juristas y que ya alude a las reglas de la CIAC, convención que para el Continente Americano resulta la más importante; y en 1979, la Convención Interamericana sobre validez extraterritorial de las sentencias y laudos extranjeros, y en 1992 el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos, que contiene diversas disposiciones sobre arbitraje comercial.

Cabe destacar, a la vez, la expedición en 1985 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que fue publicada por la UNCITRAL²⁸.

Igualmente han aparecido diversos reglamentos sobre arbitraje, entre otros citamos el de 1920, que fue el Reglamento de Conciliación y Arbitraje, publicado por la Cámara Internacional de Comercio en París y que estuvo vigente hasta 1955; el de 1976 que es el Reglamento de Arbitraje Comercial de la UNCITRAL, reglamento facultativo que influyó sobre las Reglas de la CCI, la Asociación Americana de Arbitraje que ya tenían reglas y la CIAC (que modificó sus reglas en 1978), incluso el Tribunal de Reclamaciones Irán-EU (1981) adoptó las reglas de la UNCITRAL para dirimir controversias sobre depósitos bancarios congelados.

En fin, en la segunda década del Siglo XX el Derecho convencional sobre el arbitraje privado internacional se ha visto enriquecido. Sería muy difícil mencionar aquí la gran cantidad de convenios bilaterales celebrados entre los países. Bastando tan sólo, y a manera de muestra, mencionar que la ya desintegrada Unión Soviética celebró diversos convenios con países de diverso matiz político y económico, que igualmente lo han hecho Japón, las Repúblicas Alemanas (hoy unidas), Cuba, Estados Unidos de América, Checoslovaquia, Polonia, Italia, España (que por cierto celebró en 1896 un tratado bilateral con Suiza), China, Austria, Grecia, varios países sudamericanos, etc.

En suma, la gran mayoría de los países en el mundo han celebrado, además de convenios multilaterales, diversos convenios bilaterales, en donde se especifica o establece el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. México sólo ha celebrado un convenio bilateral que contiene ciertas disposiciones sobre reconocimiento de laudos arbitrales, y que corresponde al que celebró con España (se publicó en el D.O. de enero de 1992).

Hay otros movimientos o instituciones de importancia, de los que sólo mencionaremos al ICSID

²⁸ Viene de las Siglas en inglés de la CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Sobre la CNUDMI, 2006, http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html. Fuente consultada en Mayo 24, 2007.

(*'International Centre for Settlement of Investment Disputes'*), que es el centro administrador de arbitrajes del Banco Mundial. Esta convención ya ha sido ratificada por varios países (aunque no por México) o el MIGA (*'Convention on the Multilateral Guarantee Agency'*), correspondientes al convenio ratificado por varios países (pero no por México); o el Banco Internacional de Desarrollo (*'Interamerican Development Bank'*) que ha incrementado el uso de la cláusula arbitral y que se incluye en sus contratos de préstamos.

En opinión de Szászy, el arbitraje internacional se ha desarrollado a un ritmo mayor a partir de la Primera Guerra Mundial, debido al crecimiento de la vida económica, la división del trabajo y la falta de correspondiente desarrollo de las técnicas jurídicas tradicionales para resolver los conflictos. Según el mismo Szászy, el arbitraje internacional tuvo bajas en la década de los treinta debido a las contracciones económicas y asimismo hubo decrecimiento luego de la Segunda Guerra Mundial en los países socialistas (URSS) debido a diferencias ideológicas. Esto ya ha pasado, la misma URSS (hasta antes de su desaparición) le dio un fuerte impulso al arbitraje. Incluso, en 1972 se firmó la Convención de Moscú.²⁹

De conformidad con el principio de subsidiariedad, si los particulares han sabido resolver sus controversias en su ámbito privado (como lo han venido haciendo, incluso desde antes de la autoridad judicial), no habría motivo para negar ahora que los particulares siguen teniendo la facultad originaria de resolver sus controversias, mientras no haya necesidad de intervención estatal.

²⁹ *Op. cit.*, SILVA, Jorge Alberto, pp. 44 a 47.

V. NOCIÓN DEL ARBITRAJE

Citaré a González de Cossío, para plasmar la idea del arbitraje, que al explicarlo refiere:

*"es la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia. Para que exista el arbitraje debe existir un marco regulatorio que controle y brinde efectividad al arbitraje en un plano tanto nacional como internacional. Este marco regulatorio debe dar efecto al acuerdo arbitral, al procedimiento arbitral y ejecutabilidad al laudo arbitral."*³⁰

Francisco González de Cossío, continua explicando más adelante en su obra "Arbitraje", que se deben contemplar procedimientos que involucran los siguientes elementos al hablar de arbitraje: "(1) la existencia de una controversia; (2) cuya solución vendrá de un tercero que es un particular y no una autoridad; (3) que la decisión es final (no sujeta a apelaciones); y (4) que la decisión es vinculatoria (no sugestiva)." ³¹

Mientras que Bruno Oppetit, citando al Dr. Charles Jarrosson, sostiene que "él ve entonces en el arbitraje la institución por medio de la cual un tercero soluciona un diferendo que opone a dos o más partes, en virtud del ejercicio de una misión jurisdiccional que le ha sido confiada por éstas." ³²

De igual forma, Leonel Pereznieto, en relación al arbitraje comercial internacional, menciona:

"Dentro de los medios de solución de litigios entre personas y sociedades residentes o establecidas en

³⁰ *Op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSIO, Francisco, p. 2.

³¹ *Ibid.*, p. 19.

³² *Op. cit.*, OPPETIT, Bruno, pp. 30 y 31.

diferentes países se encuentra el proceso arbitral comercial internacional, además del proceso de jurisdiccional estatal.

Existen varias razones por las cuales las partes, al surgir alguna diferencia respecto de un contrato, prefieren recurrir al arbitraje y no someterse a los tribunales estatales. En primer lugar, porque en el arbitraje encuentran un medio rápido y eficiente para resolver sus disputas, además de que les permite dirimir sus diferencias sin que se afecte la actividad comercial de cada una de ellas. En el arbitraje las partes encuentran un medio especializado para analizar a fondo las circunstancias y condiciones de la materia objeto de la controversia y, sobre todo, para que el órgano que deba conocer y decidir al respecto sea imparcial y no esté sujeto a presiones de ningún tipo.”³³

A su vez, Luis Enrique Graham Tapia, afirma que se pueden puntualizar las características del arbitraje, con el único propósito de proporcionar elementos de referencia, mas no un catálogo exhaustivo, como sigue:³⁴

- a) “Es un mecanismo alternativo de resolución de controversias;
- b) Su origen es necesariamente la voluntad de las partes litigantes;
- c) Es vinculatorio;
- d) Su alcance es exclusivamente para la especie de controversia que hayan previsto las partes;
- e) Está regido por los principios esenciales del procedimiento;

³³ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, Editorial Oxford, México, 2004, p. 411.

³⁴ GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, México, Editorial Themis, 2000, pp. 15 y 16.

- f) La dirección del procedimiento tiene mayor holgura que el procedimiento jurisdiccional;
- g) Está restringido por materias que el Estado considera no arbitrables;
- h) Se asemeja, en cuanto a su negocio jurídico de origen, al mandato."

Como la finalidad del arbitraje es precisamente el ser un procedimiento para la solución de controversias, vale la pena distinguirlo y decir que no es un mecanismo de impartición de justicia, según lo argumenta Luis Enrique Graham Tapia, aseverando, además, que dicha afirmación:

*"no se limita a una mera diferencia de términos. La distinción entre ambas especies [entre procedimiento de solución de controversias y mecanismo de impartición de justicia] es de sustancia."*³⁵

Al hablar de la diferencia de sustancia entre resolver una controversia e impartir justicia, el mismo Luis Enrique Graham Tapia señala:

"[la diferencia] es que esta última [la impartición de justicia] corresponde a los tribunales dotados de imperio, aquellos que tienen la facultad de hacer cumplir sus resoluciones en forma coactiva. El árbitro no es un tribunal en el sentido constitucional de la expresión (tribunal); no es un tribunal del Estado. Por lo mismo, en modo alguno cae en el supuesto de los tribunales privativos (prohibidos constitucionalmente)."

Por imperio se puede entender, atendiendo a la acepción *imperium*, como "poder que ejerce el Estado sobre las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, territorio o dominio, a fin de establecer sus decisiones y ser apoyado, en caso de

³⁵ *Op. cit.*, GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, p. 11.

ser necesario, por la aplicación de la fuerza, es decir la coactividad."³⁶

Por otra parte, hay quienes sí plantean que el arbitraje puede resultar inconstitucional, sosteniendo lo contrario a lo antes citado:

*"No falta la voz discordante que sostiene - no sin razón- la inconstitucionalidad del juicio arbitral, que va en contra de los dispositivos 13 y 14 de nuestra carta fundamental. El árbitro o el grupo arbitral, como se quiera, ejerce funciones propias de un tribunal, por lo tanto, es un tribunal especial prohibido por el precepto 13 supracitado, sólo conoce de un caso en especial; también se vulnera el 14 porque el juicio no se sigue ante un tribunal previamente establecido, que pertenezca al poder judicial; inclusive la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que los árbitros carecen de jurisdicción, entendiendo ésta como la define el estudioso del derecho procesal, el italiano Hugo Rocco, <<actividad con que el Estado provee a la tutela del derecho subjetivo, o sea, a la reintegración de derecho amenazada o violado>>."*³⁷

En la anterior cita se puede vislumbrar cierta noción de la justicia como facultad regaliana, en la que se tiende a monopolizar la resolución de controversias en el Estado.

En mi particular punto de vista, concuerdo más con lo que sostiene Luis Enrique Graham Tapia, toda vez que precisamente el árbitro o panel arbitral, carece de imperio para hacer acatar sus resoluciones, razón por la cual, quien ejecutaría en dado caso el laudo arbitral sería un tribunal estatal.

Además no hay que perder de vista que para que se llegue a una resolución de un árbitro o panel arbitral, será siempre

³⁶ OCHOA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, VÁLDES MARTÍNEZ, Jacinto, y VEYTIA PALOMINO, Hernany, *Derecho Positivo Mexicano*, México, segunda edición, Editorial McGraw-Hill, 2002, p. 186.

³⁷ LOREDO HILL, Adolfo, *Nuevo Derecho Autoral Mexicano*, México. Editorial Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 184.

necesario un acuerdo arbitral, y como tal, debe ser claramente expresado por las partes. En tal caso, y como uno de los principios rectores del arbitraje, está la autonomía de la voluntad.

Al ser la autonomía de la voluntad la que prevalece, al seguir un procedimiento arbitral, solo se está cumpliendo con la voluntad de las partes, quienes previamente acordaron en someterse al arbitraje. Por lo que, alguna de las partes no podría alegar de inconstitucional un acto previamente consentido por ella misma. Además, existe todo un cuerpo normativo (el Título Cuarto, del Código de Comercio) y diversas disposiciones en distintas leyes que prevén y regulan al arbitraje, y el arbitraje se substancia de conformidad con tales leyes, tal y como lo establece el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Citando nuevamente a Luis Enrique Graham Tapia, para esclarecer la naturaleza del arbitraje como fórmula de solución de controversias, y dejando en claro que no es un sistema de impartición de justicia:

"Es necesario precisar la naturaleza del arbitraje como una fórmula de solución de controversias. En un sentido estricto, y en especial conforme a la óptica del derecho constitucional, el arbitraje no es un sistema de impartición de justicia. La semántica de ambas expresiones pudiera llevar a confusiones. Por ello es imprescindible acotar el alcance de cada una a sus características procesales constitucionales. A diferencia de la jurisdicción de los tribunales estatales, la competencia de un tribunal arbitral, y el carácter vinculatorio en general del arbitraje, es resultado de la voluntad de las partes litigantes. Por lo tanto, hay importantes diferencias constitucionales entre la resolución que emite un tribunal jurisdiccional, y uno arbitral. La resolución jurisdiccional es auto-ejecutable y no está sujeta a ningún otro control externo (el control se agota en el propio Estado); está investida de imperium. En contraste,

el laudo arbitral, si bien es vinculatorio, no es ejecutable por sí (a menos que medie el cumplimiento espontáneo de la parte vencida). Para obtener su ejecución coactiva se requiere que el tribunal del Estado lo reconozca y le conceda ejecución. Esta participación del Estado da lugar a un sistema de "control" estatal del arbitraje."³⁸

³⁸ *Op. cit.*, GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, p. XIV.

VI. CRECIENTE UTILIZACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL

Se sostiene, en relación al arbitraje comercial, que no es una figura novedosa, pero en países como México, la utilización del arbitraje ha ido creciendo vertiginosamente en los últimos años. Se mencionan entre las razones para explicar dicho crecimiento en su utilización en los últimos años, principalmente se encuentran: a) la dinámica del comercio internacional, b) las características propias del arbitraje y c) la exorbitante carga de litigios a ser resueltos por los tribunales jurisdiccionales.³⁹

Además, considero que más que la exorbitante carga de litigios a ser resueltos por los tribunales jurisdiccionales, es la consecuencia del exorbitante cúmulo de litigios a ser resueltos: el tiempo que transcurre mientras se resuelve un asunto.

El problema no es que tengan muchos litigios por resolver los tribunales jurisdiccionales, ya que bien podrían resolverlos de alguna u otra forma de alguna manera más pronta, sino que en las condiciones en que se encuentra el sistema judicial mexicano, con el rezago de asuntos que se está presentando, se deriva en un gran tiempo de espera para la resolución de un caso común y corriente.

Pero volviendo al tema, de las razones por las que se ha incrementado la utilización del arbitraje, se puede continuar diciendo que la evolución del comercio internacional ha derivado en que en la mayoría de los negocios internacionales se incorpore un acuerdo arbitral como fórmula alterna de

³⁹ *Op. cit.*, GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, p. XIII.

solución de controversias. A su vez, dicha tendencia se ha venido observando en el comercio nacional.⁴⁰

Además, se habla de que existe un balance favorable para el arbitraje en contraposición con los tribunales jurisdiccionales, a pesar del costo del arbitraje, ya que en algunos sistemas constitucionales, como el nuestro, las costas judiciales no tienen cabida, los honorarios del tribunal arbitral y de las cuotas de gastos por la administración del arbitraje, si es el caso, serían un gasto adicional en comparación con los tribunales jurisdiccionales mexicanos. Sin embargo, al no dejar de lado la flexibilidad procesal, la inmediatez del panel arbitral con el asunto, la posibilidad de mayor especialización, su confidencialidad y sobre todo los ahorros en tiempo, significan un ahorro en costos, se deja en claro su saldo a favor del arbitraje.⁴¹

Por otra parte, un hito para el desarrollo del arbitraje, es a partir del año de 1958, año de la Convención de Nueva York, (conocida como la Convención de Nueva York de 1958⁴²).

Se explica el desarrollo a partir de dicha Convención de Nueva York de 1958, ya que con la misma se generó la mayor facilidad para ejecutar laudos arbitrales, en comparación con la ejecución de sentencias judiciales extranjeras.⁴³

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras adoptada en Nueva York, el 10 de Junio de 1958.

⁴³ *Op. cit.*, GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, p. XIV.

VII. ACUERDO ARBITRAL

En relación a la forma del sometimiento al arbitraje, hay dos posibles maneras de sometimiento: a) Voluntario, y b) Obligatorio. Siendo el sometimiento voluntario, el único que es reconocido en el ámbito internacional y requiere anuencia de las partes por escrito.⁴⁴

Leonel Pereznieto, señala que es a dicha anuencia a lo que se le llama acuerdo arbitral.⁴⁵

A su vez, Raúl Medina Mora, menciona lo que es el compromiso arbitral:

"es un acto privado en el que rige la autonomía de la voluntad, pero por lo mismo está también sujeto a los límites a dicha autonomía, es decir, tanto a la protección de la libertad contractual por la definición de los vicios del consentimiento como causa de nulidad y a la seguridad que da a las partes la forma requerida, como por el respecto al orden público"⁴⁶

De igual forma, Luis Enrique Graham Tapia, señala que "el arbitraje tiene un origen necesariamente consensual."⁴⁷ Lo anterior, es independientemente de que existan procedimientos contenciosos que reciben la denominación de arbitrajes, tal como el caso del arbitraje laboral⁴⁸, el cual

⁴⁴ Op. cit., PEREZNIETO CASTRO, Leonel, p. 424.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ MEDINA MORA, Raúl, *Cláusula y acuerdos arbitrales*, en *Arbitraje Comercial Internacional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Distribuciones Fontamara, Leonel Pereznieto Castro (Compilador), México, 2000, p. 17.

⁴⁷ Op. cit., GRAHAM TAPIA, p. 71.

⁴⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

(...)

no tiene el carácter de arbitraje en el sentido analizado, sino que se trata de procedimientos contenciosos que se ventilan ante autoridades administrativas y que reciben el título de arbitrajes por disposición legal, tratando de diferenciarlos de los procedimientos que se plantean ante las autoridades convencionales.⁴⁹

Antes se contaba con otro procedimiento, que era arbitraje por disposición legal, que era el arbitraje bancario, el cual de acuerdo al ahora derogado artículo 119⁵⁰ de la Ley de Instituciones de Crédito, establecía la obligación, a cargo de los bancos, de someterse al arbitraje de la Comisión Nacional Bancaria, si el cliente (del banco) optaba por ese mecanismo contencioso.⁵¹

Conforme a Luis Enrique Graham Tapia, se puede decir que el *"arbitraje comercial (y vale la afirmación para el arbitraje privado, en general), sólo puede aplicarse o recurrirse a él si las partes contendientes han manifestado su anuencia en ese sentido. No existen excepciones para esta afirmación."*⁵²

Según la *Ley Modelo* de la UNCITRAL (art. 7º) el acuerdo arbitral es el acuerdo en que

"las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada

XI. Si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por terminado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Esta disposición no será aplicable en los casos de las acciones consignadas en la fracción siguiente. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo." (el resaltado es del autor).

⁴⁹ Op. cit., GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, p. 71.

⁵⁰ El artículo 119 de la actual Ley de Instituciones de Crédito fue derogado a través del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de Enero de 1999.

⁵¹ Op. cit., GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, p. 71.

⁵² Ibid., p. 72.

relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente."

El mismo Código de Comercio, señala en la fracción I del artículo 1416, lo que se entenderá por acuerdo de arbitraje (acuerdo arbitral):

"Artículo 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por:

I.- Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente;"⁵³

Lo último que señala dicha fracción antes citada, es lo que nos ocupará en el siguiente apartado.

⁵³ El texto adoptado por el Código de Comercio, es prácticamente el mismo al de la Ley Modelo, en su artículo 7 [1].

1. Tipos de acuerdo (cláusula compromisoria y compromiso arbitral)

El mismo Código de Comercio, señala al final de la fracción I del artículo 1416, que el acuerdo arbitral (o acuerdo de arbitraje), podrá adoptar dos formas:

- a) La forma de una cláusula (también conocida en la doctrina como Cláusula Compromisoria), o
- b) La forma de un acuerdo independiente (también conocida en la doctrina como Compromiso Arbitral).

Para una definición de ambas modalidades, se puede acudir a Luis Enrique Graham Tapia, quien señala:

"La "cláusula arbitral" es el acuerdo entre las partes (generalmente incorporada o anexa a un contrato) en el cual convienen en someter a un arbitraje sus futuras diferencias. Es irrelevante si la "cláusula arbitral" está en el texto del contrato, o en un inserto por separado.

El "compromiso arbitral" es el acuerdo cuyo objeto consiste en sentar las bases para dirimir mediante arbitraje, una disputa existente. Aquí la controversia ya ha surgido, y las partes han optado porque sea resuelta por un tribunal arbitral."⁵⁴

La distinción es hoy básicamente doctrinaria, puesto que generalmente el tratamiento jurídico es el mismo.⁵⁵ Sin embargo, tuvo una razón histórica, ya que en el pasado sí era necesaria dicha distinción.⁵⁶

El principal motivo por el cual sí era necesaria la distinción era porque la cláusula arbitral era inválida de

⁵⁴ *Op. cit.*, GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, p. 72.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p. 61.

acuerdo a la legislación de distintos países, derivado de una hostilidad contra el arbitraje.⁵⁷

Dicha tendencia hostil contra el arbitraje, "consideraba a la cláusula arbitral un acuerdo para un futuro acuerdo de someter al arbitraje. De no celebrarse el nuevo acuerdo arbitral surgida la controversia, no podía acudir al arbitraje."⁵⁸

"La necesidad de distinguir entre cláusula y compromiso arbitral ha dejado de tener importancia puesto que la Convención de Nueva York las trató a ambas por igual al establecer en el primer párrafo del artículo II que "cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes obligan a someter a arbitraje ... diferencias ...". Lo anterior constituye una disposición de derecho uniforme que desplaza el derecho local en lo que se refiere a los acuerdos arbitrales al amparo de la Convención de Nueva York."⁵⁹

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Albert Jan van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958. TOWARDS A UNIFORM JUDICIAL INTERPRETATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1981, pgs. 226-227 ("van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION"). *Apud. Id.*

2. Elementos de existencia y validez del acuerdo arbitral

De acuerdo con Francisco González De Cossío, "el acuerdo arbitral es un acto jurídico como cualquier otro"⁶⁰. En consecuencia, los acuerdos arbitrales sujetos a derecho mexicano (más adelante se estudiará el derecho aplicable al acuerdo arbitral), se sujetarán a la teoría del Derecho Civil mexicano, pero, además el acuerdo arbitral se encuentra sujeto a dos cuerpos normativos adicionales: la Convención de Nueva York de 1958 y el Código de Comercio; por lo que se sostiene que la teoría del acto jurídico ha sido modificada en cuestión de los acuerdos arbitrales.⁶¹

Bajo esa tesitura, de aplicación del Derecho Civil mexicano que rige para el acto jurídico en general, lo aplicable para los elementos de validez del acuerdo arbitral, serían los que contempla el artículo 1794 del Código Civil Federal:

"Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Por otra parte, de igual manera lo aplicable para los elementos de validez bajo el Derecho Civil mexicano, sería lo establecido por el Código Civil Federal, en su artículo 1795:

"Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Ibid.*, pp. 62 y 63.

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

Vale la pena detenerse a estudiar, un poco más a detalle, cada uno de los elementos de existencia y de validez.

En cuanto al primer requisito de existencia, el consentimiento, el mismo puede definirse como *"el acuerdo de voluntades sobre la producción o transmisión de derechos y/u obligaciones."*⁶² *"En el contexto del acuerdo arbitral, el consentimiento consiste en el acuerdo de las partes en someter al arbitraje una controversia, sea presente o futura."*⁶³

En materia de arbitraje, se señalan disposiciones diversas al común de la teoría general de las obligaciones en relación a la forma de manifestar el consentimiento. Al respecto, el artículo 1423 del Código de Comercio establece:

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

⁶² BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Ed. Porrúa, México, 12ª Edición, 1991, p. 121. *Apud. Id.*

⁶³ *Id.*

De la anterior disposición legal citada, se destaca que se contemplan las siguientes maneras de expresar el consentimiento de un acuerdo arbitral:⁶⁴

- a) Consentimiento expreso por escrito,
- b) Intercambio de escritos; e
- c) Incorporación por referencia.

A su vez, se podría cuestionar el por qué no se permite el consentimiento oral o tácito en materia de arbitraje. En relación a la invalidez del consentimiento oral, simplemente el artículo 1423 del Código de Comercio establece que deberá ser por escrito. La respuesta en relación al consentimiento tácito se basa en tres motivos, según sostiene Francisco González De Cossío:

a) "El acuerdo arbitral constituye una renuncia al derecho a resolver una controversia a través de la justicia estatal;

b) Por la razón anterior debe considerarse como una situación de excepción; y

*c) Las renunciaciones a derechos deben ser expresas."*⁶⁵

Sin embargo, hay que tomar en cuenta la tendencia internacional, de que sí se admita el consentimiento tácito para la formación del acuerdo arbitral, y que efectivamente sea válido y reconocido por la legislación. Por lo menos, de acuerdo al texto recientemente revisado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en la que como Anexo I, se especifican los artículos revisados, se plasma en la Opción I del artículo 7, particularmente en el artículo 7.3 lo siguiente: "Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido

⁶⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁶⁵ *Id.*

en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.”⁶⁶

De la última parte del artículo 7.3 revisado de dicha Ley Modelo, de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, se desprende la interpretación en el sentido de que sí se admite el consentimiento tácito, toda vez que al expresar que se entenderá por acuerdo arbitraje escrito aquel en que quede constancia de su contenido “en cualquier forma” ya sea a) “mediante la ejecución de ciertos actos” o b) “por cualquier otro medio”.

En relación al punto a), referente a que quede constancia mediante la ejecución de ciertos actos, se pone como ejemplo el que una parte remita una orden de compra que contiene una cláusula arbitral por escrito, y a su vez la otra parte ejecuta en sus términos dicha orden de compra. En este ejemplo en específico, a la luz del texto revisado de la Ley Modelo antes citado, se sostiene que sí hay base escrita para probar la voluntad tácita del aceptante de someterse al arbitraje, ya que ejecutó ciertos actos, tales como los de precisamente ejecutar la orden de compra recibida que incluye la cláusula arbitral.

Para que en el ejemplo antes explicado, la parte aceptante de la orden de compra, pueda argumentar que no se sometió al arbitraje, debería haber mediado una comunicación para la parte remitente en que le especifica que acepta la orden de compra exceptuando lo relativo al sometimiento al

⁶⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html y <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/AlS.pdf> . Páginas visitadas el día 21 de noviembre de 2007.

arbitraje. De lo contrario, se entiende que acepta la orden de compra en su totalidad.

Al ejecutar dicha orden de compra, sin emitir reserva alguna en relación a la cláusula arbitral, podría hacerle creer a la parte remitente de la orden de compra que sí se va a efectuar la compra sometiéndose al arbitraje, dejando así en incertidumbre a la parte remitente, quien a su vez pudo haber remitido dicha orden de compra bajo el supuesto de que parte de su motivo determinante para contratar haya sido el someterse al arbitraje.

En tal caso, de que la parte remitente de la orden de compra considere indispensable para sus intereses el que dicha compra se realice sometiéndose a arbitraje, resultaría lógico que al recibir la negativa en relación al sometimiento a arbitraje, la parte remitente no contrate en lo absoluto dicha compra. Al final de cuentas, por algo incluyó dicha cláusula arbitral.

Ahora, en relación al punto b), referente a "por cualquier otro medio", no resta más que decir que todavía se deja más abierta la posibilidad de que existe el consentimiento tácito, ya que acepta cualquier otra forma mediante la cual se haga constar el acuerdo arbitral.

Por lo anterior, al comparar el nuevo texto revisado de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional con el Código de Comercio, se sostiene que este último, ha quedado atrás en cuanto concierne al consentimiento tácito, ya que se mantiene estricto con

relación a que no permite la aceptación tácita para la formación del acuerdo arbitral.

Considero buena la revisión del artículo 7.3 de la Ley Modelo realizada por la CNUDMI, en lo que respecta a facilitar que más casos se salgan de los tribunales estatales, para poderse llevar mediante procedimientos arbitrales.

Se puede entender que se tengan que llenar requisitos más altos para someterse al arbitraje, sólo si se tiene una noción de la justicia como facultad regaliana.

Aquí se puede vislumbrar que en México impera dicha noción de justicia como facultad regaliana, al no aceptar esta nueva versión del artículo 7.3 de la Ley Modelo de la CNUDMI, porque se tienen que llenar requisitos más altos para someterse al arbitraje, es decir, para renunciar al derecho de acceder al sistema judicial estatal, que para cualquier otra renuncia.

El artículo 6 del Código Civil Federal refiere textualmente: *"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."*

¿Por qué se tienen que poner más requisitos para que se puedan someter al arbitraje? Con una concepción clara de la subsidiariedad, no habría problema alguno en quitar el requisito de que el acuerdo arbitral debe de constar por escrito mencionado por el artículo 1423 del Código de Comercio.

¿Qué acaso no se puede realizar una renuncia de forma expresa en términos claros y precisos de conformidad con el artículo 7 del Código Civil Federal de forma verbal? Se requeriría de evidencia que sustente lo anterior, pero no se estaría poniendo un requisito adicional.

Se puede entender con el supuesto en un dado caso, en que exista un acuerdo arbitral verbal, y que dicho consentimiento grabado o plasmado en video. En tal supuesto sí quedaría plasmada claramente la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Por una parte, y por otra en los supuestos, en que efectivamente sea verbal el acuerdo, sin ser plasmado en algún medio consultable, se podría evidenciar el acuerdo arbitral mediante una testimonial de la cual se levante acta por escrito, de la cual se desprende la conclusión de una cláusula arbitral verbal.

En relación al segundo requisito de existencia, está el objeto que pueda ser materia del contrato. De ahí, que en materia del arbitraje, el objeto del acuerdo arbitral deberá ser en sí la de crear la obligación de las partes de acudir al arbitraje para dirimir las controversias que surjan de una determinada relación jurídica.

De cualquier forma, para la existencia del acuerdo arbitral, se deberá contar con los siguientes elementos para que se pueda decir que se está en la presencia de un acuerdo arbitral:

- 1.- Que en caso de existencia de una controversia, se someterá a que la solución provenga de un tercero particular y no de una autoridad;
- 2.- Que la decisión del tribunal arbitral sea final; y
- 3.- Que la decisión sea vinculante.

Si el objeto de la estipulación sí versa en el sentido de cumplir los elementos antes señalados, entonces sí se está en presencia de un acuerdo arbitral. De lo contrario, se estaría en presencia de un acuerdo, si es que hay consentimiento, pero el acuerdo arbitral sería inexistente por no cumplir con el objeto del acuerdo arbitral en sí.

En relación a los requisitos de validez, se abordarán primero los temas conforme a la teoría general de las obligaciones.

En lo que respecta al primer requisito de validez, la capacidad, se sostiene que dependiendo de la calidad de los contratantes, dependerá el análisis por hacer respecto de cada sujeto. Los distintos sujetos que eventualmente podrían ser parte en un procedimiento arbitral son:

1. Persona física,
2. Persona moral de carácter privado,
3. Persona moral de carácter público,
 - 3.1. El Estado, y
 - 3.2. Dependencias y entidades.⁶⁷

En relación a que las personas físicas tengan capacidad para someterse a arbitraje, tal parece que no hay problema alguno. En lo concerniente a la sujeción al arbitraje por parte de personas morales de carácter privado, será necesario atender al objeto social de dichas entidades privadas, así como al acto a través del cual se delega la representación (mandato). En relación a la posibilidad de que el Estado se sujete a arbitraje, será necesario atender a cada postura

⁶⁷ Vid., *op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, pp. 70 a 79.

legislativa (la que permite que el Estado sea parte de un arbitraje, la que no permite que el Estado sea parte de un arbitraje, y aquella que sujeta la posibilidad de sujeción al arbitraje a un previo procedimiento o previa autorización legislativa de un órgano gubernamental). Para discernir si alguna dependencia o entidad del Estado tiene la posibilidad de sujetarse a un arbitraje, será necesario atender a las disposiciones legislativas orgánicas de cada entidad para ver si cuenta con la disposición legislativa correspondiente que permite la sujeción al arbitraje.⁶⁸

Por ejemplo, recientemente⁶⁹ se realizó una reforma a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas⁷⁰, y a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público⁷¹, en la que se reformó lo relacionado a la posibilidad de sujeción al arbitraje de parte de las dependencias y entidades de la administración pública federal.

El anterior artículo 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas⁷² y de la Ley de

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 71 a 77.

⁶⁹ A través de la publicación del Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de mayo de 2009.

⁷⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de enero de 2000.

⁷¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de enero de 2000.

⁷² **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.** "Artículo 15.- Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltas por los tribunales federales. Sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente.

Lo previsto en los dos párrafos anteriores es sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte, o de que en el ámbito administrativo la Contraloría conozca de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los procedimientos de contratación, o bien, de las quejas que en audiencia de conciliación conozca sobre el incumplimiento de lo pactado en los contratos.

Lo dispuesto por este artículo se aplicará a los organismos descentralizados sólo cuando sus leyes no regulen de manera expresa la forma en que podrán resolver controversias.

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente."

Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público⁷³ establecían mayores requisitos (sólo aquellas controversias que determinara la antes Contraloría previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la antes Secretaría de Comercio y Fomento Industrial) en comparación con los nuevos artículos 15⁷⁴ de ambas leyes, en los que refiere a los Títulos Séptimo y Sexto respectivamente de las mismas leyes, en los que se adicionó un capítulo tercero, titulado "del arbitraje, otros mecanismos de solución de controversias y competencia judicial", en donde se facilita el que se pueda convenir compromiso arbitral, en términos generales, según lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.⁷⁵

⁷³ **Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. "Artículo 15.-** Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltas por los tribunales federales. Sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente.

Lo previsto en los dos párrafos anteriores es sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte, o de que en el ámbito administrativo la Contraloría conozca de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los procedimientos de contratación, o bien, de las quejas que en audiencia de conciliación conozca sobre el incumplimiento de lo pactado en los contratos.

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.

Lo dispuesto por este artículo se aplicará a los organismos descentralizados sólo cuando sus leyes no regulen de manera expresa la forma en que podrán resolver sus controversias."

⁷⁴ **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. "Artículo 15.-** Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.

La solución de las controversias se sujetará a lo previsto por el Título Séptimo de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte."

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. "Artículo 15. Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.

La solución de las controversias se sujetará a lo previsto por el Título Sexto de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte."

⁷⁵ **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. "Artículo 98.-** Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley."

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. "Artículo 80.- Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos de prestación de servicios de largo plazo previstos en la fracción VI del artículo 3 de esta Ley o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

El segundo requisito de validez, conforme al artículo 1795 del Código Civil Federal, es la ausencia de vicios del consentimiento.

El Código Civil Federal establece en su artículo 1812 lo siguiente: "*Artículo 1812.- El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.*"

La forma, como cuarto requisito de validez según el artículo 1795 del Código Civil Federal, en materia de arbitraje es que dicho documento en que se contenga el acuerdo arbitral, se encuentre por escrito.

En relación al tercer requisito de validez del artículo 1795 del Código Civil Federal (objeto, o su motivo o fin sea lícito), aquí solamente se explicará someramente.

Francisco González De Cossío nombra al tercer requisito de validez como "el motivo que los lleva a contratar debe ser lícito"⁷⁶. Posteriormente, aborda el tema bajo el título de "causa"⁷⁷.

Por causa deberá entenderse "*la finalidad que se pretende alcanzar mediante el contrato. Es el elemento teleológico o causa final que confiere significado jurídico al negocio.*"⁷⁸

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley."

⁷⁶ Op. cit., GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p. 70.

⁷⁷ Ibid., p. 87.

⁷⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Primero, Volumen Segundo, *Teoría de la Relación Jurídica*, España, Ed. REUS, S.A., 1987. p. 781. Apud., *ibid.*, p. 87 y 88.

Francisco González De Cossío, sostiene que "la causa ilícita en el contexto del arbitraje tiene tres casos de aplicación específica: (a) ilícitos; (b) jurisdicción exclusiva; y (c) arbitrabilidad."⁷⁹

Dichos conceptos de aplicación específica (ilícitos, jurisdicción exclusiva y arbitrabilidad) están íntimamente relacionados unos con otros. Los dos primeros casos, implican en cierta medida la cuestión del tercer caso: arbitrabilidad.

En relación a casos en que durante el procedimiento arbitral se descubran ilícitos, existe la controversia de cómo tratarlos: "¿declarar el contrato nulo? O simplemente considerar que la controversia no es arbitrable por involucrar delitos o cuasidelitos."⁸⁰

Francisco González De Cossío, cita un caso internacional famoso⁸¹, que es comúnmente citado como fundamento o como ejemplo de "la no-arbitrabilidad de las controversias que versen sobre corrupción. Sin embargo, el resultado parece drástico y ha sido superado por la práctica arbitral."⁸²

Se sostiene que: "La regla debe ser la validez, y la nulidad la excepción. Dicho de otra manera, la nulidad parcial no tiene necesariamente que acarrear la nulidad total. Las nulidades, como toda sanción, son de interpretación estricta."⁸³

Así, se sostiene que la nulidad declarada por el tribunal arbitral es un resultado más apropiado que la

⁷⁹ *Ibid.*, p. 88.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ Caso CCI número 1110 de 1963. *Apud.*, *ibid.*, p. 89.

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.*

declaratoria de que el arbitraje no continuará por existir elementos de ilícitos. Sin embargo, la nulidad total debe proceder en los casos en que el acuerdo arbitral es en su totalidad parte de un esquema que busca esquivar una norma imperativa o de orden público.⁸⁴ Al respecto, existen ciertos matices señalados en doctrina.⁸⁵

El tema de la jurisdicción exclusiva toma aplicación en cierto tipo de controversias en las cuales algunas legislaciones requieren que sean ventiladas exclusivamente ante sus tribunales estatales.⁸⁶

La arbitrabilidad, refiere a que la materia sí sea arbitrable.

*"La ventilación de materias no-arbitrales está reservada para tribunales nacionales por tener un contenido de interés público."*⁸⁷

La arbitrabilidad abarca dos hipótesis: a) arbitrabilidad objetiva: que la materia de la controversia sea arbitrable, y b) arbitrabilidad subjetiva: que las partes celebrantes del acuerdo arbitral estén autorizadas para someterse a arbitraje.⁸⁸

"En México, la determinación de la arbitrabilidad de una controversia es un tema difícil. Lo anterior puesto que,

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 89 y 90.

⁸⁵ *Vid.*, *ibid.*, p. 90, para ahondar en las implicaciones de los ilícitos y su relación en el arbitraje.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Ibid.*, p. 97.

⁸⁸ *Id.*

*salvo en contadas excepciones, no existen reglas claras sobre qué controversias pueden ser sometidas al arbitraje.”*⁸⁹

Los requisitos que, según Francisco González De Cossío, deben quedar cubiertos para que bajo la perspectiva del derecho mexicano cierta materia sea arbitrable son:⁹⁰

- “(i) que no sea un área expresamente excluida;*
- (ii) que no verse sobre derechos que son de libre disposición;*
- (iii) que no afecte el interés público; y*
- (iv) que no involucre derechos de tercero.”*⁹¹

A final de cuentas, considero que tanto la cuestión de ilícitos y jurisdicción exclusiva, queda incluida de alguna u otra forma en el tema de arbitrabilidad.

Por otra parte, además de los requisitos de validez que se han abordado previamente, existen ciertas consideraciones en relación a la validez, a la luz de la Convención de Nueva York y del Código de Comercio.

La Convención de Nueva York, contempla en su artículo II(3), como únicas⁹² causales para restarle validez al acuerdo arbitral, que sea “nulo, ineficaz o inaplicable”⁹³.

“La terminología utilizada es intencionalmente amplia y obedece al deseo de lograr una aplicación homogénea de la Convención de Nueva York en diferentes jurisdicciones abarcando las doctrinas y

⁸⁹ *Ibid.*, p. 101.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.*

⁹² *Ibid.*, p. 91.

⁹³ Del inglés “null and void, inoperative or incapable of being performed”.

principios nacionales que puedan generar la "invalidez" del acuerdo arbitral."⁹⁴

Por otra parte, Rubén Santos Belandro, señala:

"La convención no aclara qué debe entenderse por "nulo, ineficaz o inaplicable". Ello será determinado por cada derecho nacional, lo que le resta al artículo posibilidades de una interpretación uniforme, y abre la puerta a la posibilidad de un ejercicio discrecional por parte del juez en la tarea de sopesar los motivos de rechazo de la excepción. No obstante, éste tendrá en cuenta que deben tratarse de causales de peso, de vicios groseros que impidan el reconocimiento de la validez del acuerdo."⁹⁵

⁹⁴ *Op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p. 91.

⁹⁵ SANTOS BELANDRO, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, México, Oxford University Press, tercera edición, 2000, p. 71.

3. Principios rectores en relación al acuerdo arbitral

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO señala en relación a los principios rectores del Acuerdo Arbitral los siguientes⁹⁶:

- a) Principio de autonomía,
- b) Principio a favor de validez, y
- c) Principio de interpretación estricta.

A su vez, el mismo FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO sostiene que el acuerdo arbitral

"es un acto jurídico complejo y sui generis. Es complejo puesto que del mismo derivan una diversidad de derechos y obligaciones que se equilibran y limitan mutuamente. Es un acto sui generis puesto que, en adición a las reglas aplicables a los actos jurídicos en lo general, existen ciertos principios especiales que le son aplicables"⁹⁷.

A) Autonomía del acuerdo arbitral

El principio de autonomía, también es conocido como el principio de separabilidad, o también como principio de independencia.⁹⁸

Dicho principio, tiene su origen en una doble razón de ser: una razón jurídica y una razón fáctica.⁹⁹

La primera razón es la jurídica, que está en relación con un eventual resultado, tanto jurídico como lógico, que conllevaría "el que el contrato que incluye una cláusula arbitral estuviera viciado ya sea de invalidez o de

⁹⁶ *Op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p.581.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 113.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*

*inexistencia: la invalidez o inexistencia del acuerdo arbitral mismo."*¹⁰⁰

De igual manera, existe el principio general que refiere que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. De ahí, que se pudiera decir que el acuerdo arbitral (como cláusula arbitral) que integra, como muchas otras cláusulas un contrato, seguiría la suerte del contrato. Así que si dicho contrato resultara afectado por algún vicio, entonces podría decirse que el acuerdo arbitral, como todas las demás cláusulas, resultaría por ende afectado del mismo vicio que el contrato.

Por otra parte, la segunda razón es la fáctica, que está relacionada con *"la inconveniente situación que resultaría de la existencia de un vicio en el contrato: la imposibilidad de que se resolviera mediante arbitraje."*¹⁰¹

*"La existencia de un defecto de nacimiento en el contrato es (o puede ser) una "controversia" en la medida en que las partes puedan no estar de acuerdo con la misma -ya sea su existencia o los efectos que acarrea. Las partes, mediante la inclusión de un acuerdo arbitral, desearon que dicha controversia - como todas las demás- fueran resueltas mediante arbitraje. De no existir este principio, el incluir la controversia un aspecto de validez o existencia necesariamente traería aparejado que su deseo original de arbitrar fuera frustrado. Más aún, de funcionar esta situación, inmediatamente se convertiría en una medida que un deudor obstinado utilizaría para dificultar los esfuerzos de su acreedor de obtener el pago por los medios legales."*¹⁰²

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 114.

¹⁰² *Id.*

Por ambas razones antes esbozadas, se argumenta que la ingeniería jurídica ha establecido o desarrollado el principio de autonomía del acuerdo arbitral.¹⁰³

Para explicar mejor el principio de autonomía del acuerdo arbitral, considero conveniente citar el concepto que propone Francisco González De Cossío de dicho principio: "la regla puede resumirse en lo siguiente: Las vicisitudes que pueda sufrir el contrato principal no necesariamente impactan el acuerdo arbitral. Es decir, el destino del acuerdo arbitral está disociado del contrato principal."¹⁰⁴

Es el artículo 1432 del Código de Comercio, la disposición legal que plasma con claridad el principio de autonomía del acuerdo arbitral:

"Código de Comercio. Artículo 1432.- El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

A su vez, dicho artículo 1432 del Código de Comercio, se alimentó de la Ley Modelo de la UNCITRAL. En dicha Ley Modelo se incluyó el principio de autonomía en el artículo 16(1), siendo esta inserción el desarrollo más significativo que ocurrió con dicho principio.¹⁰⁵

De la lectura del artículo 1432 del Código de Comercio, antes citado, se desprende el principio de autonomía, o

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

también conocido como de separabilidad o independencia (ya que el Código de Comercio señala que se considerará como un acuerdo independiente).

Del mismo artículo se desprende el principio de "competence-competence"¹⁰⁶, que se señala al inicio del primer párrafo primordialmente, relativo a que el tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia.

Al respecto, Francisco González De Cossío sostiene, en relación al mencionado principio de *competence-competence*, que *"fue concebido como una consecuencia del principio de separabilidad. Aunque en realidad el principio de separabilidad es uno de derecho substantivo que amplía el radio de acción del principio (de derecho adjetivo) de compétence-compétence."*¹⁰⁷

A su vez, por otra parte se señala concerniente a la relación entre el principio de autonomía y el "competence-competence" lo siguiente:

"Uno de los principios fundamentales en el derecho del arbitraje es que los árbitros tienen la facultad de decidir sobre su propia jurisdicción o competencia. Tal principio es comúnmente presentado como el corolario del principio de la autonomía del acuerdo arbitral. Es cierto que en un tiempo, consideraciones tácticas apuntaron a ciertos litigantes a asimilar el de alguna manera principio contencioso de "competence-competence" con el más firmemente establecido principio de autonomía. Dejando esas consideraciones de lado, está claro que mientras ambos principios están vinculados de una forma cercana y tienen objetivo similar, dichos

¹⁰⁶ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, The Netherlands, 1999, pp. 213-214.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p. 114.

*principios sólo coinciden o se entrelazan parcialmente*¹⁰⁸

A su vez, en relación al principio de autonomía, o separabilidad del acuerdo arbitral, en la doctrina se sostiene que:

"La doctrina de separabilidad reconoce a la cláusula arbitral dentro del contrato principal como un contrato separado, independiente y distinto del contrato principal. La esencia de la doctrina es que la validez de una cláusula arbitral no está vinculada a la validez del contrato principal y viceversa. Por lo tanto la ilegalidad o terminación del contrato principal no afecta la jurisdicción o competencia del tribunal arbitral basado en una cláusula arbitral contenida en ese contrato principal. La obligación de resolver todas las disputas a través del arbitraje continúa aún y cuando la obligación principal o el mismo contrato termine o esté viciado."¹⁰⁹

De igual forma, en el texto de Fouchard, Gaillard, Goldman, se establecen las consecuencias directas del principio de autonomía:

"La autonomía del acuerdo arbitral del contrato principal genera al menos dos consecuencias directas: primero, el acuerdo arbitral no es afectado por el estatus del contrato principal y, segundo, el acuerdo arbitral puede estar sujeto a una ley distinta de aquella ley que prevalece sobre el contrato principal."¹¹⁰

¹⁰⁸ *Op. cit.*, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, p. 213. Punto 416. "One of the fundamental principles of arbitration law is that arbitrators have the power to rule on their own jurisdiction. That principle is often presented as the corollary of the principle of the autonomy of the arbitration agreement. It is true that at one time tactical concerns prompted certain litigants to assimilate the somewhat contentious principle of "competence-competence" with the more firmly established principle of autonomy. Leaving those concerns aside, it is clear that while the two principles are closely linked and have a similar objective, they only partially overlap.(...)"

¹⁰⁹ LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, p. 102. "The doctrine of separability recognises the arbitration clause in a main contract as a separate contract, independent and distinct, from the main contract. The essence of the doctrine is that the validity of an arbitration clause is not bound to that of the main contract and vice versa. Therefore the illegality or termination of the main contract does not affect the jurisdiction of an arbitration tribunal based on an arbitration clause contained in that contract. The obligation to resolve all disputes by arbitration continues even if the main obligation or indeed the contract expires or is vitiated."

¹¹⁰ *Op. cit.*, FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, p. 209. Punto 409. "The autonomy of the arbitration agreement from the main contract gives rise to at least two direct consequences: first, the arbitration agreement is unaffected by the status of the main

A pesar de la separabilidad del acuerdo arbitral, bajo el principio de autonomía o separabilidad, hay casos en los que dicho acuerdo arbitral, no es tan independiente o separado del contrato principal. Por lo que no es absoluta dicha independencia.

Un caso en el que el acuerdo arbitral, sí sigue la suerte del principal es el caso de cesión del contrato:

*"La autonomía del acuerdo arbitral respecto del contrato principal es un concepto legal, y no una determinación de hecho. De esta manera, eso no significa que la aceptación del acuerdo arbitral deba de ser separada de la aceptación del contrato principal. Tampoco significa que el acuerdo arbitral no pueda seguir la suerte del contrato principal cuando este último sea cedido a una tercera parte."*¹¹¹

La primera consecuencia directa del principio de autonomía, antes mencionada (la no afectación del estatus del contrato principal), ya ha sido debidamente abordada en consideraciones anteriores.

Por otra parte, considero conveniente apuntar las dos cuestiones que, según Leonel Pereznieto Castro, la autonomía del acuerdo arbitral implica: *"implica resolver dos cuestiones: a) la autonomía de la voluntad de los compromitentes frente al Estado, y b) la autonomía del acuerdo arbitral frente al contrato principal."*¹¹²

contract (1o) and, second, it may be governed by a law different from that governing the main contract (2o)."

¹¹¹ Id. Punto 408. "The autonomy of the arbitration agreement from the main contract is a legal concept, not a factual determination. Thus, it does not mean that acceptance of the arbitration agreement must be separate from that of the main contract. Neither does it mean that the arbitration agreement cannot follow the main contract where the latter is assigned to a third party."

¹¹² Op. cit., PEREZNIETO CASTRO, Leonel, p. 426.

El segundo punto (autonomía frente al contrato principal), es el punto que se ha venido discutiendo, y que normalmente es el tema que se estudia en la doctrina en relación con el principio de autonomía. Por otra parte, resulta interesante la noción que esboza como el primer punto (autonomía frente al Estado).

Leonel Pereznieto Castro, agrega en relación con el segundo punto (autonomía frente al contrato principal) que *"el objeto de lo acordado por las partes en la cláusula es una forma de solución de futuros litigios que consta de un objeto distinto del objeto del contrato principal"*.¹¹³

Sostener lo contrario, al principio de autonomía del acuerdo arbitral, conllevaría a un vicio de origen o círculo vicioso en relación con la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre la validez del contrato principal.

Es decir, en el entendido de que se establezca que todas las controversias que se lleguen a suscitar en relación a dicho contrato se someterán al arbitraje, al momento en que se suscite una controversia relacionada con la validez o nulidad del contrato, por determinado motivo, dicha controversia se entiende como comprendida dentro de las controversias que se sujetaron al arbitraje. Luego, el tribunal arbitral tendría que posicionarse y resolver dicha controversia de validez o nulidad del contrato principal. De esa manera, en caso de que el tribunal arbitral llegase a determinar que efectivamente, el contrato principal es inválido o nulo, entonces bajo la tesitura de desconocimiento del principio de autonomía, el acuerdo arbitral seguiría la

¹¹³ *Ibid.*, p. 427,

suerte de invalidez o nulidad del acuerdo arbitral, y en ese orden de ideas, al ser inválido o nulo el acuerdo arbitral, no tendría competencia el tribunal arbitral para conocer del arbitraje. Por ende, al no tener competencia para conocer del arbitraje, el laudo que determinó que el contrato principal (y de forma incluyente el acuerdo arbitral) es inválido o nulo, tampoco tendría validez, y por ende la resolución de invalidez o nulidad del contrato, no podría declararlo inválido o nulo, ya que al ser inválido dicho laudo, carecería de efectos jurídicos, y el contrato principal seguiría subsistiendo mientras que no haya sido válidamente declarado como inválido o nulo. De ahí que se sostenga que sería un círculo vicioso.

Por lo anterior, es que considero que el principio de autonomía del acuerdo arbitral tiene su razón de ser, para darle un sustento o piso, del cual asirse o basarse para que efectivamente el tribunal arbitral pueda pronunciarse respecto de la validez o nulidad del contrato arbitral, sin que por ello implique un vicio de origen en la cláusula arbitral, y por consiguiente en la competencia del mismo tribunal arbitral.

B) Principio de autonomía (de las partes frente al estado)

Ahora, creo que será conveniente el abordar el otro tema (la primera cuestión) en relación con la autonomía, que

esboza Leonel Pereznieto Castro, en relación con la autonomía de los contratantes frente al Estado.

Al respecto, se señala:

"En el primer caso, con la autonomía de la voluntad las partes pueden pactar todo tipo de derechos y obligaciones, lo que es propio de una libertad de contratación. Los únicos límites a esta libertad son las disposiciones de orden público y el fin o motivo determinante del acto. En este sentido las partes eligen (directa o indirectamente) las reglas que regirán el proceso arbitral. El Estado debe respetar la voluntad de esos compromitentes. De manera que la regla general consiste en un amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad para pactar.(...)"¹¹⁴

Bajo esta tesitura se puede decir, que válidamente las partes pueden elegir libremente que las controversias que se lleguen a suscitar sean resueltas en definitiva por un tribunal arbitral, conforme al procedimiento que se pacte.

De ahí que se pueda decir, que el principio de autonomía, pero enfocado por el lado de la autonomía de la voluntad, sea también uno de los principios rectores del arbitraje. Así que si las partes acuerdan tal o cual cosa, el arbitraje debe de atender a dichas estipulaciones, tales como procedimiento, selección y composición del tribunal arbitral, y en dado caso de que no se estipule sobre ciertas materias que son indispensables para la prosecución del arbitraje, la Ley, en este caso, nuestro Código de Comercio, expresamente establece que la ausencias de reglamentación serán suplidas por lo estipulado en dicho ordenamiento.

Así, se puede decir que es tan válido el renunciar al derecho de acudir a tribunales estatales a dirimir las

¹¹⁴ *Id.*

controversias, y en su lugar se acuda al arbitraje, que la propia legislación reconoce ese derecho a renunciar a la intervención de los tribunales jurisdiccionales para resolver la controversia, y que se sujeten al arbitraje.

En el Título Cuarto del Código de Comercio, relativo al Arbitraje Comercial, se encuentran varias disposiciones que dejan entrever dicho principio de autonomía de la voluntad en lo que respecta a las partes en cuanto al arbitraje.

Entre otras disposiciones se encuentran:

- En el artículo 1418 del Código de Comercio, en materia de notificación y cómputo de plazos, lo relacionado a que se estará a lo ahí dispuesto salvo acuerdo en contrario.¹¹⁵
- En el artículo 1421 del Código de Comercio, se menciona que no se requerirá intervención judicial, salvo disposición en contrario.¹¹⁶
- En el artículo 1426 del Código de Comercio, se señala que libremente las partes podrán señalar el número de árbitros. A su vez señala que, a falta de acuerdo, será un solo árbitro.¹¹⁷

¹¹⁵ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1418.-** *En materia de notificación y cómputo de plazos se estará a lo siguiente:*

I.- Salvo acuerdo en contrario de las partes:

a) *Se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se obtenga después de una indagación razonable la ubicación de alguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario, por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega;*

b) *La comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.*

II.- *Las disposiciones de este artículo no serán aplicables a las comunicaciones habidas en un procedimiento judicial.*

¹¹⁶ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1421.- Salvo disposición en contrario,** en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial.

¹¹⁷ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1426.- Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros. A falta de tal acuerdo, será un solo árbitro.**

- En el artículo 1427 del Código de Comercio, se establece lo relacionado al nombramiento de los árbitros, y que se estará al acuerdo de las partes, y en caso de que no haya acuerdo, entonces sí se aplicará lo ahí establecido para el nombramiento de los árbitros.¹¹⁸
- En el artículo 1429 del Código de Comercio, se señala expresamente que las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.¹¹⁹

¹¹⁸ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1427.-** Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:

I.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

II.- Sin perjuicio de lo dispuesto en las fracciones IV y V del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros.

III.- A falta de tal acuerdo:

a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez;

b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro, y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días siguientes contados a partir de su nombramiento, la designación será hecha, a petición de cualquiera de las partes, por el juez;

IV.- Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una Institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que adopte las medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo, y

V.- Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez en las fracciones III o IV del presente artículo, será inapelable. Al nombrar un árbitro, el juez tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro estipuladas en el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tomará en cuenta asimismo, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

¹¹⁹ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1429.- Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.**

A falta de acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de su constitución o de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad del árbitro o su independencia, o si no posee las cualidades convenidas, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

Si no prosperase la recusación incoada en los términos del párrafo anterior, la parte recusante podrá pedir al juez, dentro de los treinta días siguientes de notificada la decisión por la que se rechaza la recusación, resuelva sobre su procedencia, decisión que será inapelable. Mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

- En el artículo 1433 del Código de Comercio, se estipula lo relacionado con las providencias precautorias, salvo que se haya pactado en contrario.¹²⁰
- En el artículo 1435 del Código de Comercio, se establece la libertad para convenir lo relacionado a las actuaciones del tribunal arbitral, y que a falta de acuerdo se aplicará el principio de conducción del tribunal arbitral (el tribunal arbitral dirigirá el arbitraje como considere apropiado).¹²¹
- En el artículo 1436 del Código de Comercio, se plasma la libertad para seleccionar el lugar del arbitraje, y que salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral podrá reunirse en donde estime necesario.¹²²
- En el artículo 1437 del Código de Comercio, se señala lo relacionado a la fecha en que se iniciarán las actuaciones judiciales, reconociendo que las partes podrán pactar en contrario.¹²³

¹²⁰ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1433.-** Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto de litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía suficiente en relación con esas medidas.

¹²¹ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1435.-** Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

¹²² **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1436.-** Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, oír a las partes, a los testigos, o a los peritos, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

¹²³ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1437.-** Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales con respecto a una determinada controversia, se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia al arbitraje.

- En el artículo 1438 del Código de Comercio, se establece la libertad para convenir lo relacionado al idioma, y que en su defecto se atenderá a lo ahí establecido.¹²⁴
- En el artículo 1439 del Código de Comercio, es en donde se estipula que será el plazo convenido por las partes el plazo en el cual se deberán presentar la demanda y la contestación, así como los elementos que deberán contener ambos escritos.¹²⁵
- En el artículo 1440 del Código de Comercio, se expresa que se atenderá a lo que se pacte por las partes en caso de que sea algo distinto a lo ahí estipulado en relación a las audiencias.¹²⁶
- En el artículo 1441 del Código de Comercio, se establecen algunas facultades que tendrá el tribunal arbitral, a

¹²⁴ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1438.-** Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo pacto en contrario, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción a uno de los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

¹²⁵ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1439.-** Dentro del plazo convenido por las partes o del determinado por el tribunal arbitral, el actor deberá expresar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y las prestaciones que reclama; y el demandado deberá referirse a todo lo planteado en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes aportarán, al formular sus alegatos, todos los documentos que consideran pertinentes con que cuenten o harán referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, éstas podrán modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente la alteración de que se trate en razón de la demora con que se haya hecho.

¹²⁶ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1440.-** Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o de alegatos orales, o si las actuaciones se substanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. Si las partes no hubiesen acordado la no celebración de audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.

Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

De todas las declaraciones, documentos probatorios, peritajes o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte.

menos que las partes acuerden otra cosa distinta, en relación a la falta de presentación de los escritos de demanda y/o contestación de las partes, así como en la no comparecencia.¹²⁷

- En el artículo 1442 del Código de Comercio, se estipula que a menos que establezcan algo las partes, el tribunal arbitral tendrá ciertas facultades en materia de nombramiento de peritos.¹²⁸
- A su vez, en el artículo 1443 del Código de Comercio, que a menos que las partes estipulen algo distinto, existirá la facultad de que a petición el perito deberá participar en una audiencia especial para formularle preguntas y que informen sobre los puntos controvertidos.¹²⁹

Por lo anterior, no queda duda alguna de que se reconoce plenamente la autonomía de la voluntad en el arbitraje, salvo con ciertas limitantes, en relación a que no vayan en contra de lo establecido en el artículo 1434¹³⁰ del mismo Código de Comercio, que refiere como deber el de:

- a) Tratar a las partes con igualdad, y

¹²⁷ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1441.- Salvo acuerdo en contrario de las partes**, cuando, sin invocar causa justificada:

I.- El actor no presente su demanda con arreglo al primer párrafo del artículo 1439, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones.

II.- El demandado no presente su contestación con arreglo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1439, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de lo alegado por el actor, y

III.- Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

¹²⁸ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1442.- Salvo acuerdo en contrario de las partes**, el tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas y solicitar a cualquiera de las partes que proporcione al perito toda la información pertinente, o le presente para su inspección o le proporcione acceso a todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes.

¹²⁹ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1443.-** Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de formular preguntas y presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

¹³⁰ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1434.-** Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

b) Dar a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Considero que no sólo deja en claro el principio de autonomía en el arbitraje, sino que además, se deja entrever el principio informador de subsidiariedad, al tener las disposiciones de que mientras se pueda resolver entre los particulares, o dejarse de un modo más sencillo, la intervención estatal será la menor posible, a menos que se torne indispensable su participación. Es decir, por regla general, primero se atiende a lo que hayan acordado las partes, particulares sin intervención de terceros, en caso de que no haya acuerdo se le dotan ciertas facultades al tribunal arbitral para determinar, y posteriormente se pasaría a la intervención del Estado a través de lo dispuesto en la legislación, o a lo que determine el Juez (en caso de auxilio para la integración del tribunal arbitral).

"Como resultado de la ratificación de la Convención de Nueva York y la adopción de la Ley Modelo se filtró en derecho mexicano un principio que en ambos instrumentos se contempló durante las discusiones para su redacción y que afectó el diseño de ambos: el principio pro-arbitraje."¹³¹

¹³¹ *Op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p. 127.

4. Cláusulas patológicas

Se le denomina en doctrina Cláusulas Patológicas a aquellas cláusulas arbitrales que *"por su defectuosa concepción o redacción, o ambas causas, podrán ser válidas; sin embargo, difícilmente serán la herramienta que permita al arbitraje (...) cumplir con sus expectativas, y conforme a las cuales, (...) las partes optaron por el arbitraje."*¹³²

Quien acuñó el término de "Cláusulas Patológicas" fue Frédéric Eisemann¹³³, desde 1974, momento en que fungía como Secretario General Honorario de la Cámara de Comercio Internacional, de París, Francia, dicho término ha encontrado bastante eco en la bibliografía arbitral. A su vez, se sostiene que se acuñó dicho término para referirse a *"un acuerdo arbitral que contuviera un defecto que interrumpiera la consecución apropiada de un procedimiento arbitral"*.¹³⁴

"Uno de los elementos indispensables para asegurar el buen desempeño de una fórmula arbitral, es que precisamente la cláusula arbitral sea eficaz. Aquí, la expresión "eficaz" va más lejos de su acepción técnico-jurídica, en cuanto a que sea un acuerdo de voluntades que produzca sus consecuencias de derecho".¹³⁵

La idea que se pretende transmitir con la expresión "eficacia" es aquella relacionada con *"la posibilidad de que el arbitraje pueda desarrollarse sin contratiempos derivados*

¹³² *Op. cit.*, GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, p. 55.

¹³³ FRÉDÉRIK EISEMANN, *La Clause D'Arbitrage Pathologique*, en *Comercial Arbitration-Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, 1974, p. 129. *Apud.*, *op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p. 96.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Idem.*, p. 55.

de la concepción o redacción misma de la propia cláusula arbitral."¹³⁶

Uno de los principales motivos por los cuales resulta más atractivo el acudir al arbitraje que los medios tradicionales de solución de controversias, mediante la intervención de tribunales estatales, es que el arbitraje ofrece agilidad y flexibilidad.

Sin embargo, en los casos en los que se presente alguna problemática propia de las cláusulas patológicas, podría incluso resultar más tardado y/o tortuoso el procedimiento arbitral que cualquier otro procedimiento jurisdiccional.¹³⁷

Luis Enrique Graham Tapia sostiene que la cuestión patológica de una cláusula arbitral puede llegar a ser producto, ya sea del "incumplimiento de los requisitos de eficacia del acto jurídico, como tal, o bien de deficiencias que impidan al arbitraje llegar a buen fin."¹³⁸

Ese incumplimiento de los requisitos de eficacia del acto jurídico ¿no llevaría a su nulidad? Al parecer Graham incluye de forma más amplia dentro de las cláusulas patológicas las que tienen una causal de nulidad, distinta de lo que señaló Eisemann, que cataloga las cláusulas patológicas como válidas, pero disfuncionales.

Algunos ejemplos de los casos que son frecuentes, de acuerdo con Luis Enrique Graham Tapia, en controversias relacionadas con cláusulas patológicas son:¹³⁹

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Ibid.*, p. 56.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 56 a 59 y 63 a 67.

- a) Referencia equivocada a la institución administradora del arbitraje;
- b) Referencia a reglas inexistentes;
- c) Imprecisión en cuanto a la participación de la institución referida;
- d) Designación de una institución que no es administradora de arbitrajes;
- e) Imposición de límites de tiempo para el procedimiento arbitral;
- f) Vaguedad en el alcance del acuerdo arbitral;
- g) Defectos en la cláusula en cuanto a la composición del tribunal arbitral;
- h) Exigencia de calidades "exageradas" en la persona del árbitro;
- i) Falta de precisión o de agilidad en la designación del árbitro;
- j) Reglamentación del procedimiento; y
- k) Reglamentación del proceso probatorio.

Luis Enrique Graham Tapia, señala a estos últimos cuatro ejemplos de caso de cláusulas patológicas, como otra variante de patología, en las que podría no llegarse a cuestionar la validez de dichos acuerdos arbitrales, pero en dado caso sí podrían darse los supuestos para generar un procedimiento tortuoso innecesariamente.¹⁴⁰

Al respecto, en mi punto de vista, agregaría que será necesario atender a cada caso en concreto para analizar si únicamente dichos últimos casos listados de cláusulas patológicas, tendrían como consecuencia únicamente el alargar

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 63 a 67.

o volver más tortuoso el procedimiento o arbitral, o si también involucra alguna cuestión de nulidad, validez, ineficacia o de ejecución imposible.

A propósito de la necesidad de verificar cada caso en concreto, considero ilustrativo el analizar un caso hipotético en que se fijen exigencias de calidades exageradas a tal grado que resulte prácticamente imposible encontrar a la persona que cumpla con dichos requisitos, para que así pueda ser designada árbitro y consecuentemente se forme el tribunal arbitral.

De hecho, este supuesto se asemeja con el caso entre Infored - Monitor (de José Gutiérrez Vivó) vs Grupo Radio Centro¹⁴¹, llevado en la Cámara de Comercio Internacional en París, en donde la parte que perdió (Radio Centro) argumenta después que los árbitros no debieron ser admitidos como tales¹⁴², bajo el señalamiento de que el tribunal arbitral no estaba bien constituido ya que los árbitros debían haber sido expertos en radiodifusión¹⁴³. Aquí no se entrará a estudiar si efectivamente fue correcta o no la conformación del tribunal arbitral, sino que únicamente se resaltarán el tipo de problemas que se pueden ocasionar por dichos requisitos, ya que el simple hecho de establecerlo dio la pauta para que se pudiera alegar la nulidad del laudo arbitral, e incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación intervino¹⁴⁴.

¹⁴¹ http://www.proceso.com.mx/noticias_articulo.php?articulo=47860 Fecha de acceso: 12 de octubre de 2009.

¹⁴² <http://www.periodistasenlinea.org/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=956> Fecha de acceso: 12 de octubre de 2009.

¹⁴³ <http://zocalo.laneta.apc.org/texto.shtml?cmd%5B14%5D=x-14-8c51e518b4accdd511bcb17f07fe84c&cmd%5B23%5D=c-2-73> Fecha de acceso: 12 de octubre de 2009.

¹⁴⁴ Op. cit. http://www.proceso.com.mx/noticias_articulo.php?articulo=47860 Fecha de acceso: 12 de octubre de 2009.

En este caso hipotético, podría alguna de las partes alegar que el acuerdo es inválido o ineficaz, toda vez que a pesar de haber nacido válido, ha dejado de tener efecto, como realidad de hecho, ya que resulta imposible la designación del árbitro, y por ende, se está haciendo nugatoria la posibilidad de acceso a la jurisdicción arbitral para las partes. Por lo cual, con toda razón podría cualquiera de las partes acudir a tribunales estatales a dirimir su controversia, bajo el argumento de que de reconocer la obligación de someterse a arbitraje, se estaría negando o imposibilitando al particular a resolver su controversia.

En relación a los efectos o consecuencias que tendrían las cláusulas patológicas sobre el acuerdo arbitral o sobre el arbitraje en sí, puede variar dependiendo de la magnitud de los defectos o deficiencias con que haya sido redactada.

En algunos casos, la misma patología de la cláusula puede ocasionar que se incite a litigios relacionados con el arbitraje, o *"impida que el arbitraje se lleve a cabo -cuando es imposible inferir la intención de las partes"*.¹⁴⁵

El tema en particular de las cláusulas patológicas lo estudia brevemente FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO dentro del tema de "Requisitos de Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York y el Código de Comercio" y específicamente en el subtema 3. "Inaplicable o de Imposible Ejecución".¹⁴⁶

¹⁴⁵ *Op. cit.*, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, p. 97.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 91 y 94.

Dentro de las circunstancias que pueden acarrear la "inaplicabilidad" del acuerdo arbitral, menciona las siguientes:¹⁴⁷

- a) Inconsistencia,
- b) Incertidumbre,
- c) Acuerdos arbitrales de ejecución imposible ("Deadlock Clauses"),
- d) Problemas de designación,
- e) Ausencia de recursos económicos, y
- f) Cláusulas Patológicas.

A propósito de las circunstancias que vuelven patológico a un acuerdo arbitral, Francisco González De Cossío menciona:¹⁴⁸

- a) que la referencia a la institución arbitral sea incorrecta;
- b) que el arbitraje parezca opcional;
- c) que el acuerdo contenga un mecanismo defectuoso de designación de árbitros;
- d) que se hayan designado directamente árbitros que hayan fallecido o que no puedan fungir como tales por no reunir los requisitos aplicables;
- e) que imponga fechas límite imposibles de cumplir;
- f) que establezcan que algunos aspectos no pueden ser tratados por el acuerdo arbitral (p.e., la validez del contrato); o
- g) las cláusulas en blanco.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 95 y 96.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 96 y 97.

A su vez, el mismo Francisco González De Cossío en relación a otros motivos por los cuales un acuerdo arbitral puede ser ineficaz, sostiene que "*Existen otros casos [de ineficacia]. Por ejemplo la inconsistencia de un acuerdo arbitral, la falta de certeza de cómo debe llevarse el procedimiento arbitral o ante qué institución.*" Agregando que las causales de "ineficacia" no son limitativas.

Tal es el caso que la circunstancia de que la referencia a la institución arbitral sea incorrecta, puede ser encuadrada en la falta de certeza de saber ante qué institución se ha de llevar el arbitraje. La circunstancia de que el arbitraje parezca opcional, puede ser encasillada en la inconsistencia del acuerdo arbitral. La circunstancia de que el acuerdo contenga un mecanismo defectuoso de designación de árbitros, puede ser incluido dentro de la falta de certeza de cómo debe llevarse el procedimiento arbitral. El hecho de que se hayan designado directamente árbitros que hayan fallecido o que no puedan fungir como tales por no reunir los requisitos aplicables, también podría ser encuadrada en la falta de certeza de cómo llevar el procedimiento arbitral. El imponer fechas límite imposibles de cumplir, puede ser encasillado en la inconsistencia del acuerdo arbitral o en la falta de certeza de cómo llevar el procedimiento arbitral. El establecer que algunos aspectos no pueden ser tratados por el acuerdo arbitral (p.e., la validez del contrato) puede ser incluido en la inconsistencia del acuerdo arbitral. De igual forma, las cláusulas en blanco pueden ser incluidas en la inconsistencia del acuerdo arbitral.

Después de analizar lo relacionado a las cláusulas patológicas, se puede señalar que en ellas se observa con particular claridad la asistencia judicial al arbitraje, (como principio de subsidiariedad). Cuando la autonomía de la voluntad de las partes es insuficiente o incluso pone obstáculo a la eficacia del arbitraje, entonces la legislación aplicable y la judicatura se convierten en herramientas de "subsidium" -ayuda, para que la intención fundamental de las partes, que es arbitrar, no se vea frustrada. Una buena demostración de que estos instrumentos intentan asistir y no restringir o controlar sería, por ejemplo, la eliminación de los recursos ordinarios de la gran mayoría de las instancias judiciales de asistencia al arbitraje.

VIII. VENTAJAS DEL ARBITRAJE

La forma tradicional de resolver controversias, como se ha visto en el presente trabajo, es dirimir dichas controversias ante tribunales estatales o también llamados tribunales públicos, erigidos y atendidos por el Estado. *"Dentro de la organización gubernamental de cualquier país se han incluido los tribunales públicos, llamados a conocer y resolver este tipo de litigios mercantiles, al lado de otros penales o laborales, administrativos o constitucionales, etc."*¹⁴⁹

Antonio M. Lorca Navarrete sostiene, en lo relacionado a las ventajas del arbitraje, lo siguiente:

"Comparado con la justicia que imparten jueces y tribunales estáticos, el arbitraje presenta, sin duda, ventajas que justifican su utilización en alza. Ello se debe a que el proceso arbitral es, por esencia, muy simple e informal, frente a las formas ordinarias que adoptan los trámites procesales ante juzgados y tribunales, que, por lo general, son pesadas, lentas y excesivamente formalistas, características que en el momento actual aparecen como incuestionables y se hallan en progresión con la importancia del asunto. Por ello, en ese contexto la doctrina ha puesto, además de relieve cómo el arbitraje puede cumplir una doble finalidad:

a) De una parte, desjudicializar la Administración de justicia ofreciendo alternativas de solución rápidas, económicas y con las mismas garantías que los tribunales ordinarios.

b) Servir, de otra, de eficaz estímulo para que el Estado preste una mayor atención al funcionamiento de los tribunales, cuyas deficiencias serán más notables por contraste con las soluciones que aporta el arbitraje.

De otro lado, el arbitraje se justifica, asimismo, porque ofrece soluciones técnicas a conflictos complejos, evitando la vía indirecta de

¹⁴⁹ Op. cit., BRISEÑO SIERRA, Humberto, p. 7

la decisión del juez apoyada en la resolución de un perito técnico o experto en la materia."¹⁵⁰

Humberto Briseño Sierra, señala algunos inconvenientes de la substanciación de procesos ante tribunales públicos, al sostener que dichos servicios de tramitación estatal son cotidianamente engorrosos, aunado al "rezago proveniente de una verdadera saturación de demandas, de una publicidad que de alguna manera lesiona el prestigio o el nombre de los interesados, y de elevados costos" así como de formalismos "que hacen de los procesos una tramitación esotérica y complicada".¹⁵¹

"Es aquí que el arbitraje puede ser contrastado ventajosamente, pues caracterizado por la intervención de un tercer sujeto imparcial como juzgado privado, alcanza las siguientes ventajas. Desde luego, cada caso tiene su propio juez, con el cual se acuerda el procedimiento a seguir, sus honorarios, el plazo, normalmente breve, en que se desahogará el trámite, el lugar, el idioma y, sobre todo, los elementos que constituyen o caracterizan el problema."¹⁵²

Además, el arbitraje resulta ser más flexible y "relajado", en el sentido de que no está revestido de innecesarios formalismos. Al respecto Humberto Briseño Sierra sostiene: "El arbitraje se realiza a puerta cerrada en la sede elegida por el árbitro, a donde no tiene acceso el público y en el cual puede hablarse con entera confianza, de una manera llana y sin protocolo especial"¹⁵³

No hay que olvidar que por regla general, impera la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, y verdaderamente el procedimiento, incluidas las reglas a

¹⁵⁰ LORCA NAVARRETE, Antonio M., *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*, España, Editorial Tecnos, 1989, p. 31.

¹⁵¹ *Op cit.*, BRISEÑO SIERRA, Humberto, p. 7.

¹⁵² *Ibid.*, pp. 7 y 8.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 8.

seguir y forma de substanciación de las audiencias, es determinado por las partes ya sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral, y en defecto de disposiciones concretas puede ser determinado por la institución administradora, o siguiendo el principio de conducción, por el tribunal arbitral, o incluso la legislación estatal, en algunos casos, en los que a menos que se haya pactado estipulación distinta por las partes, en la ley se establece. Humberto Briseño Sierra, menciona: "*El arbitraje se desenvuelve como lo desean los interesados, verdaderamente en mangas de camisa, en un ambiente que el árbitro busca sea de cordialidad, (...)*"¹⁵⁴

De lo anterior se puede observar que, a falta de acuerdo de las partes o la aplicabilidad de un reglamento elegido por ellas, es la ley (*lex arbitri* -"el derecho (o ley) del lugar o "sede" del arbitraje"¹⁵⁵-) la que asegura la marcha del procedimiento, ya sea reconociendo la facultad de conducción del árbitro para decidir en última instancia, ya sea concediendo esa facultad a un juez. Todo esto habla de subsidiariedad.

Aquí considero importante subrayar la naturaleza heterocompositiva del arbitraje, como método de solución de controversias, y que por el simple hecho de ser substanciado de alguna forma un tanto más relajada o flexible que la tramitación ordinaria de los asuntos ante tribunales estatales, no implica que se despegue del derecho y deje de tener como fin el resolver la controversia, emitiendo su laudo como decisión final.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, *Law and practice of international commercial arbitration*, London, Sweet & Maxwell, Fourth Edition, 2004, p. 78. "(...) *lex arbitri* (the law of the place or "seat" of the arbitration)(...)".

Al respecto, tal parece que Humberto Briseño Sierra tiende a acercarse demasiado a la figura del arbitraje con otras de naturaleza auto-compositiva, ya que sostiene que: *"pues ante todo se quiere mantener la relación comercial entre las partes, se expulsa todo motivo de acritud, se liman asperezas antes de ofrecer una fórmula, probablemente pensada por alguna de las partes y que será transaccional para permitir que ambas obtengan un beneficio y no sólo se cargue a una de ellas todo el peso del perjuicio de una condena."*¹⁵⁶

Discrepo con lo que anteriormente sostiene Humberto Briseño Sierra, en lo concerniente a que "ante todo se quiere mantener la relación comercial entre las partes". Sostengo que no necesariamente eso es lo que se pretende. Lo que se busca es dirimir la controversia sin más, con todos los beneficios que implica el arbitraje en contraposición con los tribunales estatales (rapidez, especialización, idioma, imparcialidad, etc.). Cosa distinta es que en virtud de los beneficios inherentes al arbitraje, las relaciones comerciales tiendan a mantenerse y perdurar, en vez de que tiendan a deteriorarse en un litigio tradicional substanciado ante tribunales estatales, motivado por el retraso en la solución del conflicto. Lo anterior, no significa que lo busca ante todo es mantener la relación comercial.

Incluso, podría haber casos en los que el tribunal arbitral tenga que resolver de tal o cual manera, y su decisión podría acarrear el rompimiento de la relación comercial. Por ejemplo, por la condena al cumplimiento a alguna obligación. No por eso, el tribunal arbitral debería dejar de resolver de la manera que considere conveniente, y

¹⁵⁶ *Op. cit.*, BRISEÑO SIERRA, Humberto, p.8.

que cambie su resolución porque ese posible laudo podría resultar en rompimiento de la relación. Así que el tribunal arbitral debe resolver, sin dejarse influir por las posibles implicaciones de un laudo adverso para alguna de las partes.

El atender a las cuestiones de conveniencia y de negocios (relaciones comerciales), en vez de a las cuestiones de hecho y de derecho (quién tiene la razón en su pretensión) sería confundir al arbitraje con otros medios alternos de solución de controversia, como podría ser la negociación o conciliación.

Por otra parte, a través del arbitraje se podría favorecer el diálogo, pero no implica que se le dé preferencia al diálogo sobre el hacer valer pretensiones. Además, no se trata de que al hablar de las partes, como refiere Humberto Briseño Sierra, "*ambas obtengan un beneficio*"¹⁵⁷, ya que habrá casos en los que naturalmente se condene totalmente a una de las partes, concediendo todas las pretensiones a la otra parte.

Por lo que en ciertas ocasiones no se podrá, y ni se deberá, dejar de resolver que se cargue a una de las partes todo el peso de la condena.

No hay que perder de vista que se pueden dictar laudos, por una parte, de estricto derecho, y por la otra, de buena fe o equidad, de conformidad con el artículo 1445 del Código de Comercio¹⁵⁸, siempre y cuando así lo estipulen las partes,

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ "**Artículo 1445.-** *El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes.*

ya sea actuando en amigable composición o resolviendo en conciencia.

Podría preguntarse el lector ¿Si el arbitraje tiene tantas bondades, cómo es posible que no sea tan conocido ni se promoció de forma masiva? Al respecto, concuerdo con lo que afirma Humberto Briseño Sierra:

*"Si el arbitraje no tiene cabida en los medios masivos de comunicación, es cabalmente porque vive en la tranquilidad de la privacidad, propiamente en el secreto de las salas de audiencia. Sin embargo, sus bondades son transmitidas desde siempre y a través de los medios tradicionales de formación del derecho mercantil. Son los círculos que agrupan los gremios y sectores de comerciantes o industriales, donde se conoce y discute la institución arbitral, y es en ellos en donde se ha convertido en una fórmula permanente y organizada que ha podido trascender desde el campo privado y hasta el ámbito internacional de los tratados y conferencias de la Organización de las Naciones Unidas o de los Estados Americanos, porque si bien el tipo normal de arbitraje, llamado "ad hoc", que es el de la solución de caso por caso, resulta práctico y altamente aceptable, para ascender hasta el plano internacional, es menester que las legislaciones de los distintos países se coordinen y adecúen (sic) implantando un mismo criterio de aceptación del arbitraje, sobre todo cuando se realice más allá de las fronteras de cada Estado."*¹⁵⁹

Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo de litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable.

El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.

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

¹⁵⁹ Op. cit., BRISEÑO SIERRA, Humberto, p. 8.

1. Papel de las cláusulas modelo

Es particularmente importante el papel de las cláusulas modelo en el arbitraje, y por eso es muy recomendable que en los contratos que se pretendan someter al arbitraje, se establezca una cláusula modelo sugerida por alguna institución o reglamento.

No se podría señalar una cláusula como la recomendable para contratos de comercio internacional. Sin embargo se pueden mencionar algunas representativas, según su idoneidad para los diversos contextos. Por ejemplo, en México, se señalan el CAM (Centro de Arbitraje de México)¹⁶⁰, CANACO (Cámara Nacional de Comercio)¹⁶¹ (incluyendo ABC - Reglamento para Arbitrajes de Baja Cuantía-), en Hispanoamérica la CIAC (Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial)¹⁶², en América se señala el CAMCA¹⁶³ (por sus siglas en inglés de Centro de Arbitraje Comercial y de Mediación para las Américas)¹⁶⁴, en Estados Unidos de América se señala la AAA (American Arbitration Association)¹⁶⁵, en casos internacionales el ICDR (International Centre for Dispute Resolution)¹⁶⁶ que es la división internacional de la AAA, JAMS¹⁶⁷, para casos intercontinentales la CCI (Cámara de Comercio Internacional o ICC -International Chamber of Commerce)¹⁶⁸.

Además, también se puede hacer breve mención a las cláusulas mixtas métodos alternos de resolución de

¹⁶⁰ <http://www.camex.com.mx/> Fuente consultada el 12 de octubre de 2009.

¹⁶¹ <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/> Fuente consultada el 12 de octubre de 2009.

¹⁶² <http://www.ciac-iacac.org/> Fuente consultada el 12 de octubre de 2009.

¹⁶³ http://www.arbitrajecanaco.com.mx/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=37&Itemid=80 Fuente consultada el 12 de octubre de 2009.

¹⁶⁴ http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/camca/camtoc_e.asp Fuente consultada el 12 de octubre de 2009.

¹⁶⁵ <http://www.adr.org/> Fuente consultada el 12 de octubre de 2009.

¹⁶⁶ http://www.adr.org/about_icdr Fuente consultada el 12 de octubre de 2009.

¹⁶⁷ <http://www.jamsadr.com/> Fuente consultada el 12 de octubre de 2009.

¹⁶⁸ <http://www.iccwbo.org/> Fuente consultada el 12 de octubre de 2009.

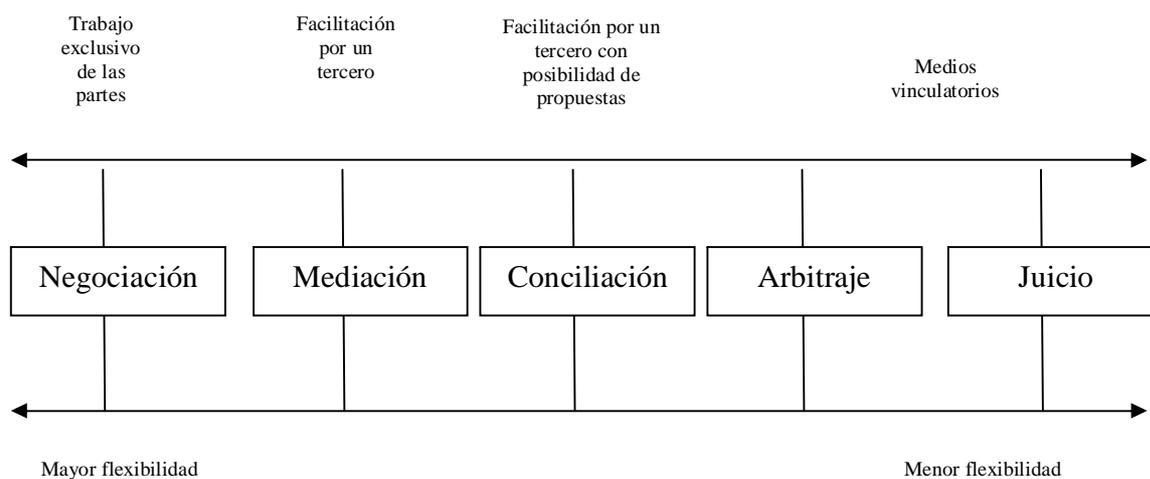
controversias - arbitraje, ya sean escalonadas (en las que es necesario intentar llevar a cabo la conciliación de forma previa a someterse al arbitraje, o simultáneas, en las que al mismo tiempo en que se lleva un procedimiento arbitral, se intentan llevar a cabo la conciliación.

Por ejemplo, existe la posibilidad prevista en el artículo 13¹⁶⁹ la Ley Modelo de Conciliación de CNUDMI, 2002, de que se pacte que la jurisdicción arbitral permanezca cerrada mientras no se agote un procedimiento previo, por ejemplo de conciliación. Aquí el principio de subsidiariedad se parecería al de proporcionalidad: que los terceros intervengan de la manera menos invasiva posible en la medida en que la solución pueda ser alcanzada por las propias partes.

¹⁶⁹ “**Artículo 13. Recurso a procedimientos arbitrales o judiciales.**

Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta.” Ley Modelo consultada el día 12 de octubre de 2009 en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/ml-conc-s.pdf>

A propósito de esta intervención de terceros, en una afán ilustrativo, a continuación se señala de Cecilia Azar Mansur¹⁷⁰ un diagrama de intervención de terceros: negociación (no hay tercero), mediación (el tercero interviene pero no decide), arbitraje y jurisdicción estatal (el tercero decide):



¹⁷⁰ AZAR MANSUR, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar*, Breviarios Jurídicos, México, Editorial Porrúa, 2003, p. 27.

IX. CULTURA ARBITRAL

Bernardo M. Cremades, Presidente de la Corte Española de Arbitraje en el año de 1994, en el prólogo de la obra de José Luis Roca Aymar, menciona que éste acierta en relación a que *"el arbitraje no es sólo una técnica, sino también una cultura."*¹⁷¹

Continúa señalando Bernardo B. Cremades, que con acierto José Luis Roca Aymar, indica que:

*"la base de todo arbitraje es el convenio, que la calidad del mismo se centra en los árbitros, que la garantía arbitral radica en el procedimiento, que la decisión de todo arbitraje cristaliza en el laudo y que la seguridad de todo arbitraje se concreta en la posibilidad de poder ejecutar forzosamente los laudos arbitrales al reticente."*¹⁷²

Es importante el papel de instituciones administradoras de arbitraje y de las cámaras de comercio para el fomento de la cultura arbitral, por todas las implicaciones que tienen con el procedimiento arbitral, y sus contribuciones al desarrollo de la cultura arbitral. Al respecto, Humberto Briseño Sierra señala:

"Hoy en día el arbitraje es una realidad institucional, porque se puede acceder a él a través de las distintas Cámaras de Comercio que tienen Comisiones permanentes administradoras del arbitraje y que por acuerdos celebrados con la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, sirven de conducto para solicitar sus servicios, el principal de los cuales es proporcionar una nómina de árbitros, de la que pueden elegir libremente las partes a las personas más indicadas para que imparcialmente funjan como árbitros."

¹⁷¹ CREMADES, Bernardo M., en el Prólogo de la obra de ROCA AYMAR, José Luis, *El Arbitraje en la Contratación Internacional*, España, ESIC Editorial, Instituto Español de Comercio (ICEX), 1994, p. 10.

¹⁷² Id.

Además de la CIAC, hay muchas otras instituciones administradoras de arbitraje, por ejemplo, la CCI que, entre sus beneficios, no sólo propone listas de árbitros, sino substancia el procedimiento de constitución del tribunal arbitral, conoce de recusaciones, controla los gastos administrativos y honorarios arbitrales, suple la renuencia de alguna parte para firmar el acta de misión, y hace escrutinio formal de los laudos, entre otros.¹⁷³

Las instituciones administradoras son otra muy buena manifestación del principio de subsidiariedad, pues las partes, a través de una forma asociativa como puede ser una Cámara de Comercio (sociedad intermedia, según el lenguaje de la subsidiariedad), evitan que este tipo de auxilios los tenga que prestar el Estado.

¹⁷³ http://www.iccmex.org.mx/documentos/publicos/2007/enero/rules_arb_spanish.pdf Consultada el día 12 de octubre de 2009.

X. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

Vale la pena explicar el principio de subsidiaridad, como aquel: *"según el cual la sociedad no debe privar al individuo (ni la comunidad mayor a la menor) de las tareas que éste (o la comunidad menor) puede realizar por sí mismo (Cf. t. I c. 9, v.)."*¹⁷⁴

Continúa señalando Utz, que *"el principio de subsidiaridad en el sentido explicado: libertad para la formación de grupos de abajo arriba, postergación de la autoridad social en favor de la libre iniciativa desde abajo, se convierte así en el principio estructural del orden social (...)"*¹⁷⁵

Es el mismo Utz quien señala que el principio de subsidiaridad, expresa la prioridad de la determinación individual de los valores, y que es un principio del orden jurídico.¹⁷⁶

En otras palabras, se dice que *"conforme a este principio, todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda (<<subsidium>>) -por tanto de apoyo, promoción, desarrollo- respecto a las menores."*¹⁷⁷

Es de resaltarse que el principio de subsidiaridad *"se indica como principio importantísimo de la <<filosofía social>>"*.¹⁷⁸

Valdría preguntarse, ¿Qué tiene que ver la Iglesia con el principio de subsidiaridad? ¿Por qué se refieren o se hace alusión a documentos de la Iglesia?

¹⁷⁴ UTZ, Arthur Fridolin, *Ética Social III*, España, Biblioteca Herder, Sección de Ciencias Sociales, Editorial Herder, 1988, p. 60.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Pontificio Consejo <<Justicia y Paz>>, México, Librería Editrice Vaticana. Ediciones CEM / Conferencia del Episcopado Mexicano, 2004, página 102.

¹⁷⁸ *Id.*

La respuesta es muy sencilla: la subsidiariedad es un "concepto capital de la doctrina católica sobre la sociedad y sobre toda sociedad. Tiene aplicación directa en todos los núcleos asociativos -mínimos, medios y máximos- dentro de los que el hombre -necesariamente o libremente- se integra".¹⁷⁹

"Ha sido Pío XI el creador y definidor del término, aunque no de la realidad expresada por éste, ya que la subsidiariedad refleja un principio esencial y permanente de la filosofía social. Por otra parte, no se trata de un principio deducido, ni mucho menos, del orden sobrenatural, sino arrancado de la experiencia histórica y de la esencia natural propia de toda asociación de hombres. Se establece por ello la subsidiariedad en el terreno estrictamente filosófico. Podrá ser estudiada desde niveles sociológicos, económicos y políticos. Pero su sede propia es la filosofía social."¹⁸⁰

Se enuncia que "el dejar hacer a las entidades inferiores lo que éstas pueden hacer por sí mismas" es la norma fundamental reguladora de la conducta del Estado.¹⁸¹

Continuaré citando a Gutiérrez García, para adentrarnos en el concepto de subsidiariedad:

"La profundidad del concepto <<subsidiariedad>> es mucho mayor de lo que a primera vista parece. Expresa de forma sintética la idea básica de servicio que pertenece a la esencia de toda comunidad y de su autoridad respectiva. Y recoge la orientación teleológica de subordinación a la persona humana que está embebida en el término bien común. Es una palabra que define así la finalidad a que debe tender toda autoridad. El magisterio ha centrado su atención con preferencia explicable en la autoridad política, cuyo ejercicio <<debe realizarse siempre dentro de los límites del orden moral para procurar el bien común - concebido dinámicamente- según el orden jurídico legítimamente establecido o por establecer>> (Gaudium

¹⁷⁹ GUTIÉRREZ GARCÍA, José Luis, Conceptos Fundamentales en la Doctrina Social de la Iglesia, tomo IV, R-Z, España, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1971, página 299.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 300.

¹⁸¹ *Id.*

et spes 74: AAS 58 [1966] 1096). Este dinamismo se resume en la idea de servicio, o lo que es igual, en el deber de ayudar al ciudadano a lograr con facilidad y plenitud su perfección completa.

Dicho en forma negativa: la autoridad que no respete el principio de la función subsidiaria, ni realiza el servicio que debe ni procura el bien común al que está obligado y, por consiguiente, no se ordena en la forma debida a la sociedad, a cuyo frente está. La inobservancia de la subsidiariedad arrastra consigo inexorablemente la bancarrota de la autoridad.¹⁸²

Remitiéndome a los textos originales, de donde se desprendió la noción estudiada del principio de subsidiariedad, cito lo siguiente:

"(...) la historia demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y darlo a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos".¹⁸³

Se continúa señalando en la encíclica *Quadragesimo Anno*:

"Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y

¹⁸² *Ibid.*, p. 299.

¹⁸³ *Quadragesimo Anno*, Encíclica del Papa Pío XI. 15-VI-1931. Consultada en la obra "El Mensaje Social de la Iglesia", España, Ediciones Palabra, documentos MC, tercera edición, 1991, pp. 96 y 97.

*castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función <<subsidiaria>>, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación."*¹⁸⁴

Al fundamento de la dignidad del hombre está ligado el principio de subsidiariedad. En virtud de éste, *"ni el Estado ni sociedad alguna deberán jamás substituir la iniciativa y la responsabilidad de las personas y de los grupos sociales intermedios en los niveles en los que éstos pueden actuar, ni destruir el espacio necesario para su libertad"*.¹⁸⁵

¿Qué pasa cuando no se respeta el principio de subsidiariedad?

"Deficiencias y abusos del mismo derivan en una inadecuada comprensión de los deberes propios del Estado. En este ámbito también debe ser respetado el principio de subsidiariedad. Una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola de sus competencias, sino que más bien debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común.

Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos. Efectivamente, parece que conoce mejor las necesidades y logra satisfacerlas de modo más adecuado quien está próximo a ellas o quien está cerca del necesitado. Además, un cierto tipo de necesidades requiere con frecuencia una respuesta que sea no sólo

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 97.

¹⁸⁵ *Libertatis Conscientia*, de la Congregación para la Doctrina de la Fe. 22-II-1986. Siendo Prefecto de dicha Congregación el Cardenal Ioseph Ratzinger. Consultada en la obra "El Mensaje Social de la Iglesia", España, Ediciones Palabra, documentos MC, tercera edición, 1991, p. 634.

*material, sino que sepa descubrir su exigencia humana más profunda".*¹⁸⁶

En relación al contexto mundial, se señala:

*"(...) el Estado como comunidad superior en el orden político, y la naciente comunidad mundial de los Estados, deben observar el máximo respeto posible al conjunto de tareas que pueden llevar a cabo por sí mismas las asociaciones o comunidades inferiores -quae a minoribus et inferioribus communitabus effici praestarique possunt-. Es éste un complejo dinámico en el que el Estado no debe interferirse."*¹⁸⁷

*"(...) La subsidiariedad se predica necesariamente en términos universales de toda actividad social y por tanto de toda unión social. Es un principio de valor universal en el espacio y permanente en el tiempo."*¹⁸⁸

¹⁸⁶ *Centesimus Annus*, Encíclica del Papa Juan Pablo II, 1-V-1991. Consultada en la obra "El Mensaje Social de la Iglesia", España, Ediciones Palabra, documentos MC, tercera edición, 1991, p. 809.

¹⁸⁷ *Op. cit.*, GUTIÉRREZ GARCÍA, José Luis, p. 303.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 302.

XI. ¿EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD PODRÁ ESTAR DETRÁS DEL ARBITRAJE COMERCIAL?

La cuestión es analizar si efectivamente el principio de subsidiariedad antes estudiado, es principio informador del arbitraje.

Para comprender el arbitraje es necesario partir de la premisa de que la función jurisdiccional no es privativa del Estado, tal y lo señala José Luis Siqueiros:

*"(...) se ha pretendido desprender la premisa de que la función jurisdiccional es privativa del Estado y que sólo los funcionarios expresamente autorizados podrán impartir justicia. Esta premisa es falsa. La resolución de controversias civiles y mercantiles de naturaleza privada, a través del procedimiento arbitral. Es un concepto enraizado en nuestra tradición jurídica y goza de una antigüedad tan venerable como la ciencia del derecho."*¹⁸⁹

La cuestión es que no es común encontrar pronunciamientos sobre la relación del principio de subsidiariedad con el arbitraje. De hecho, muchos autores se ocupan de estudiar principios que operan dentro de la dinámica del arbitraje (principio de autonomía de las partes, principio de autonomía de la cláusula arbitral, principio de *competence-competence*, principio de conducción del tribunal arbitral, etcétera).

Un autor que sí menciona el principio de subsidiariedad en relación al arbitraje es Bruno Oppetit, quien a la letra señala: *"El arbitraje responde perfectamente, en una perspectiva postmoderna, a las exigencias del principio de*

¹⁸⁹ SIQUEIROS, José Luis, *El arbitraje y los órganos judiciales*, en *Arbitraje Comercial Internacional*, por PEREZNIETO CASTRO, Leonel (compilador), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, Distribuciones Fontamara, p. 120.

subsidiaridad, que renace hoy con vigor en la cultura europea, después de siglos de exaltación de la soberanía estatal."¹⁹⁰

Bruno Oppetit, en la obra de Teoría del Arbitraje, capítulo 2 "Legitimidad", en el subtema I "La justicia: ¿Una función regalana?" señala como respuesta a la pregunta de si "¿Existe a favor del justiciable un verdadero derecho al juez o, por el contrario, la satisfacción de esta necesidad depende exclusivamente de la apreciación discrecional hecha por el soberano del deber de justicia que el Estado debe observar frente a sus sujetos o ciudadanos?" que "es hoy indiscutible: las jurisdicciones de las más altas jerarquías han consagrado solemnemente el derecho al juez".¹⁹¹

En relación a la cuestión de si ese derecho al juez "puede ejercerse indistintamente ante un juez público o ante un juez privado, en cuyo caso se vería indiscutiblemente legitimado el derecho de todo interesado a recurrir al arbitraje" señala:

"en un modelo liberal, el Estado no pretende tener el monopolio del juzgamiento de los conflictos entre los particulares en nombre de un principio de subsidiaridad, recientemente redescubierto, a favor de la generalización de los mecanismos de la economía de mercado y del paso del estatuto al contrato, y acepta la autonomía de los individuos en la búsqueda de un mecanismo de solución de los conflictos que les atañen. Por último, encontramos muchos sistemas mixtos que reconocen la legitimidad de este deseo de justicia privada, aunque limitándolo y regulándolo."¹⁹²

¹⁹⁰ Op. cit. OPPETIT, Bruno, p. 289.

¹⁹¹ Ibid., p. 37.

¹⁹² Ibid., pp. 39 y 40.

Sin embargo, Bruno Oppetit, en su obra no analiza el por qué efectivamente ni de qué forma se relaciona dicho principio de subsidiariedad con el arbitraje.

¿No es mucha coincidencia que la forma y dinámica de operación del arbitraje, así como de sus principios antes mencionados, obedece en general a un principio de autonomía de las partes respecto de los tribunales estatales, y generalmente bajo la premisa de "*keep it simple*", en el sentido de que si las partes pueden resolverlo no hace falta la intervención judicial? ¿No es precisamente esa la base del principio de subsidiariedad de que las organizaciones superiores y más complejas (los tribunales estatales) no tendrían por qué intervenir cuando las organizaciones menores (la institución administradora del arbitraje, el tribunal arbitral, o las partes) pueden intervenir y resolver ciertas cuestiones?

Además, analizando los principios inmersos en la operación del arbitraje se puede decir que el principio de subsidiariedad es el que generalmente le da forma (informa) a dichos principios.

Por ejemplo, al hablar del principio de autonomía de las partes, no se puede negar una cierta identidad o derivación del principio general de subsidiariedad, al señalar el primero que se respete lo estipulado por las partes en relación al arbitraje, en tanto que no atenten contra el orden público o no se respete la igualdad de las partes. En tal caso, al estar sujeta esa autonomía a estas dos condiciones (orden público e igualdad entre las partes), se puede decir que en dichos supuestos ya no está dentro de la

posibilidad de los particulares el arreglar su controversia, y por ende se hace necesaria la intervención judicial. Al no estar posibilitados los particulares, al no poderlo mantener en un orden de intervención inferior respecto del estado, es cuando se hace necesaria la intervención propiamente de los tribunales estatales, lo que consecuentemente lleva a aplicar el principio de subsidiariedad.

Por otra parte el principio de *competence-competence*, que reconoce que el tribunal arbitral tiene incluso competencia para pronunciarse sobre su propia competencia, además de ser un principio con una aplicabilidad práctica para no llegar a un sinsentido en materia de competencia, también obedece a la idea de que si se puede resolver sin que intervengan los tribunales estatales, entonces que no intervengan, sino que más bien se resuelva propiamente en el ámbito de los particulares.

En relación al principio de conducción del tribunal arbitral, también se puede decir que el principio de subsidiariedad empapa a dicho principio: en primera instancia las partes son las que establecen el procedimiento arbitral, y en caso de que éstas no se hayan puesto de acuerdo sobre tal cuestión, es entonces cuando el tribunal arbitral deberá de conducir y regir el procedimiento. Sólo si el tribunal arbitral no fuere instancia lo suficientemente confiable para resolver en definitiva algún asunto (por ejemplo, una recusación, una excepción de incompetencia) o bien, no hubiera sido constituido, entonces el juez tendrá justa causa para imponer sus determinaciones.

En el siguiente pasaje, de Juan XXIII (encíclica *Mater et Magistra*, de fecha 15-V-1961), se destaca que la acción del Estado, en relación al principio de subsidiariedad, se dibuja con cinco verbos extraordinariamente significativos:¹⁹³

"«Esta acción del Estado, que fomenta, estimula, ordena, suple y completa, está fundamentada en el principio de la función subsidiaria formulado por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno*» (*Mater et magistra* 53: AAS 53 [1961] 414)."¹⁹⁴

La supletoriedad no es lo mismo que subsidiariedad. "La supletoriedad no se identifica con la subsidiariedad. Aquella es sólo forma parcial, cauce particular de ésta."¹⁹⁵

Al aplicar la supletoriedad en las disposiciones del Título Quinto del Código de Comercio, que ya han sido señaladas en el presente trabajo, se puede decir que es una muestra de que sí está informada dicha legislación por el principio de subsidiariedad, porque en caso de que no se haya establecido algo por las partes, supliría lo ahí dispuesto. Como ya se señaló con antelación, la supletoriedad es una forma concreta de aplicar la subsidiariedad.

A final de cuentas, el principio de subsidiariedad informa a la institución del arbitraje considerada como un todo. Desde antes de que surja un conflicto, las partes son las que contractualmente estipulan sus derechos y obligaciones. Posteriormente, al surgir alguna diferencia, si entre ellas mismas pueden solucionar dicha diferencia, la solucionan, pero en caso de que no puedan es cuando acuden a un tercero (tribunal arbitral). Al haberse sometido al arbitraje, la solución se puede resolver por el tribunal

¹⁹³ *Op. cit.* GUTIÉRREZ GARCÍA, José Luis, p. 306.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*

arbitral. Una vez resuelta la controversia, todavía el asunto queda en el ámbito de los particulares: existe el cumplimiento de las partes de buena fe. Hasta aquí todavía siguen las partes sin la necesidad de acudir a instancias mayores y complejas porque ellas pueden intervenir, y no es hasta que se presenta el incumplimiento de alguna de las partes en su no acatamiento del laudo arbitral (por la falta de imperio del tribunal arbitral), cuando haría falta la intervención del Estado (a través de sus tribunales estatales) para dotar de imperio dicho laudo y ejecutarlo. Esta idea de intervención de organizaciones mayores y complejas de forma subsidiaria cuando las organizaciones menores no pueden solucionar las cosas, es precisamente la idea del principio de subsidiariedad.

En resumidas cuentas, se sostiene que el principio de subsidiariedad informa al arbitraje. Las razones que sustentan dicha aseveración son:

- Se percibe el principio de subsidiariedad como informante de los principios de autonomía de la partes, de *competence-competence*, de conducción del tribunal arbitral.
- La acción de suplenia es una de las acciones del principio de subsidiariedad, y se establece la supletoriedad de la legislación sobre el arbitraje, que refiere que en caso de que las partes no hayan pactado ciertos aspectos sobre el arbitraje (composición del tribunal arbitral, demanda e inicio del procedimiento arbitral, proceso, lugar del arbitraje, idioma, tiempos, etcétera) se atenderá a lo establecido por la ley. De alguna forma esta suplenia de la legislación sobre lo que

estipulen las partes está relacionada con el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

- La intervención de los tribunales estatales para medidas cautelares, ya que el tribunal arbitral no posee imperio.
- La intervención de los tribunales estatales para ejecutar los laudos, se hace necesaria cuando alguna de las partes no cumpla voluntariamente el laudo arbitral.

Después de haber estudiado el principio de subsidiariedad a la par del arbitraje, se puede decir que el arbitraje sí está informado por el principio de subsidiariedad, independientemente de que muchos no se hayan detenido a considerarlo.

XII. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS

Al haberse estudiado el principio de subsidiariedad, valdría la pena entrar a estudiar la importancia de los principios como tales y su utilidad.

Al respecto, Rodolfo Luis Vigo señala que el principio, como tal, puede ser aplicado a distintas situaciones, y que *"los principios resultan ser mandatos de optimización, en tanto mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas"* (Alexy). Citaré en lo conducente:

*"Una de las claves para entender el nuevo escenario es precisamente prestar atención a los "principios jurídicos" y cómo ellos comienzan a ser invocados crecientemente en la jurisprudencia. El "principio" supone recurrir a un derecho concentrado que no define ni hipótesis ni consecuencias: así por ejemplo, si pensamos en el "principio de buena fe" advertimos que él puede ser aplicado a distintas situaciones: las relaciones entre Estados, el campo laboral, el trámite procesal, el cumplimiento de contratos, etc., y las consecuencias de su violación también pueden ser muy diversas: reparaciones, intimaciones, astreintes, nulidades, etc. Por otro lado, mientras las "normas" mandan algo definitivo de manera que es posible una conducta que agote su exigencia, los "principios" resultan ser "mandatos de optimización" (Alexy) en tanto mandan la mejor conducta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los "principios" son derecho concentrado que puede expresarse y justificar a diferentes "normas", y por supuesto, ese control provoca que en caso de tensión lleguen a prevalecer sobre las normas."*¹⁹⁶

Continúa señalando Vigo que los principios son útiles para ordenar y justificar respuestas, y para reconocer la juridicidad o antijuridicidad de ciertos fallos:

¹⁹⁶ VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Editorial Porrúa, segunda edición, 2005, p. 4.

"Comienza nuestra doctrina a reaccionar respecto a esas visiones reductivas desde los distintos ámbitos del derecho, intentando entenderlos y explicarlos desde "aquello" de donde esa realidad se hace, deviene o se conoce como derecho (Aristóteles), con el convencimiento de que si sabemos los "principios" sabremos más del derecho, en tanto que junto a las respuestas jurídicas derivadas de normas contaremos con aquellas obtenidas desde los "principios", y éstos pueden ser un instrumento insustituible para ordenar y justificar todas las respuestas. Es que sólo abriéndonos a los "principios" podemos reconocer la juridicidad de fallos que excepcionan por razones de equidad la aplicación de una ley (v. gr., "Vera Barros"¹⁹⁷ y "Provincia de Santa Cruz")¹⁹⁸ o que declaran la antijuridicidad de aquellas soluciones normativas que resultan absurdas axiológicamente; así, con respecto a sentencias, el reproche contra las que han dejado de ligo bienes jurídicos de relevante jerarquía comprometidos en el caso (...) "¹⁹⁹

A su vez, Gustavo Sagrebelsky, en relación a la distinción entre normas y principios señala:

"las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto."²⁰⁰

¹⁹⁷ La nota 3 al pie de la página 5 de la obra citada de Rodolfo Luis Vigo, literalmente expresa: "Fallos, 316:3040, donde encontramos, por ejemplo, el voto de los jueces Barra, Fayt y Cavagna Martínez -concurrente con la mayoría que le concede a la actora la pensión no obstante faltarle un año de edad para cumplir los 50 años que exigía la ley 19.101- quienes afirman que "si bien una interpretación literal de las normas precedentemente citadas privaría a la peticionante del beneficio que solicita, tal interpretación importaría desconocer que, como se reconoce desde antiguo, el derecho no es sólo lógica, sino también experiencia, entendiéndose por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso... Por ello, parece plausible realizar al sub lite una aplicación equitativa de ese aspecto del precepto, en aplicación del criterio de esta Corte según el cual no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional, que averse el riesgo de un formalismo paralizante" (cons. 11)."

¹⁹⁸ La nota 4 al pie de la página 5 de la obra de Rodolfo Luis Vigo literalmente expresa: "Fallos, 320:495 -donde la Corte, a la hora de regular honorarios en un caso que exhibía una "significación patrimonial genuinamente de excepción", entendió que era necesaria la "previa ponderación de la justicia a la que la solución legal permite arribar", concluyendo en que la respuesta no podía lograrse mediante una "mera remisión a las fórmulas aritméticas previstas en las leyes arancelarias", atento a que ello daría lugar a un lucro absolutamente desproporcionado, contrario a los principios de justicia que proscriben el abuso de derecho y el enriquecimiento sin causa-."

¹⁹⁹ Op. cit., VIGO, Rodolfo Luis, pp. 5 y 6.

²⁰⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Mariana Gascón, España, Editorial Trotta, Cuarta Edición, 2002, p. 110.

Respecto del contraste de la realidad jurídica y el sistema, VIGO señala:

"A los operadores del derecho seguramente no les cuesta mucho constatar que la realidad jurídica tiene poco que ver con aquel hermoso y estructurado sistema, atento que no es fácil establecer dónde empieza y termina el derecho (pensemos en los derechos humanos implícitos), cuál es su jerarquía (llamemos la atención en la costumbre y la jurisprudencia constitucional, tanto nacional como internacional),²⁰¹ precisar su coherencia (el problema del jurista es la abundancia de respuestas que le ofrece el derecho y esto lo muestra la jurisprudencia), confiar que cada caso tiene una respuesta normativa dada (las excepciones de las normas muestran la responsabilidad judicial de construir respuestas ajustadas a esos particulares casos)²⁰² y seguir pensando en que no hay reiteraciones en el derecho vigente (sólo pensemos en el derecho a la libertad y en las veces que se insiste en su presencia en los ordenamientos contemporáneos). En definitiva, la pretensión del jurista será más modesta y se contentará con un sistema tópico o de principios (Canaris) o un sistema flexible, poroso o débil que es puesto a prueba en cada caso y, donde sólo desde una mirada diacrónica, se pueden perfilar los criterios que definen un sistema modesto que se confirma o se corrige frente a la solución que brinda a los problemas jurídicos que van apareciendo."²⁰³

El dinamismo y cambio permanente es intrínseco al derecho vigente.²⁰⁴ De alguna forma, los principios son más estables y fijos.

²⁰¹ La nota 12 al pie de la página 8 de la obra de Rodolfo Luis Vigo literalmente expresa: "Como se lee en "Nadel" (Fallos, 316:567), donde la Corte afirmó que en nuestro sistema "la costumbre internacional y los principios generales del derecho de ese ámbito forman parte del derecho interno argentino"."

²⁰² La nota 13 al pie de la página 8 de la obra de Rodolfo Luis Vigo literalmente expresa: "Cfr. causas "Saguir y Dib", "Vera Barros" y "Provincia de Santa Cruz" (citadas ut supra). Sobre las insuficiencias de la norma para dar la respuesta concreta para el caso y las consecuentes exigencias que pesan sobre el intérprete, la Corte ha destacado en "Morrone" (Fallos, 322:1699) que "es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente; sin que en esa tarea exista óbice alguno para que el juez pueda apartarse de las palabras de la ley (...) pues numerosos y cotidianos son los supuestos en que ello se hace necesario para aplicar la norma con auténtico sentido de justicia y recto juicio prudencial en los casos concretos, toda vez que éstos son particulares y contingentes y por su indeterminación y multiplicidad no son siempre susceptibles de ser abarcados en su totalidad cuantitativa ni en su tipicidad cualitativa por la previsión del legislador"."

²⁰³ Op. cit., VIGO, Rodolfo Luis, pp. 7 y 8.

²⁰⁴ Ibid., p. 8.

A propósito de los principios como informadores del ordenamiento, se señala que existe una paradoja, ya que dichos principios informan el ordenamiento pero operan supletoriamente, así que la cuestión es esa prevalencia de lo que es informado sobre lo que informa.²⁰⁵

Para entender un poco más acerca de cómo los principios informan las leyes y códigos, citaré a Francisco Carpintero:

*"(...) el jurista actual, formado en la <<dogmática jurídica>> contemporánea, está convencido subjetivamente de que él, cuando razona en Derecho, se atiene a las leyes positivas y a los principios generales que se extraen desde ellas según unos procedimientos asépticos, de naturaleza lógica. Este jurista ignora - se lo oculta su formación- que continuamente usa principios de Justicia, de naturaleza práctica, y que no es posible hablar de principios específicamente <<jurídicos>> al margen de la razón práctica, de la Justicia. El hecho de que buen parte de estos principios vengán recogidos en los códigos y leyes positivas que él maneja no altera su naturaleza; más bien debiera preguntarse el jurista por qué razón son así los códigos y las leyes positivas. J. ESSER ha dedicado buena parte de su actividad a mostrar que los conceptos que en apariencia constituyen simple <<técnica jurídica>> sólo son comprensibles y reciben sentido, es decir, la posibilidad de ser realmente aplicados al Derecho, cuando se les entiende en función de unas exigencias concretas de Justicia.".*²⁰⁶

Vigo señala la diferencia del normativismo con el principialismo:

"El modelo dogmático entendía y pregonaba que el derecho se expresaba a través de la estructura típica de normas generales en las que se definía un supuesto de hecho al que se le imputaban ciertas consecuencias jurídicas. El saber de los juristas reducido a esas

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 11. Señalando expresamente en su nota al pie: "El Código Civil español reformado en su Libro Primero en 1974 sirve para mostrar el estado de la cuestión en la doctrina para ese tiempo, y ahí comprobamos que se insiste en aquellas fuentes del derecho: la ley, la costumbre jurídica, la jurisprudencia y los principios que informan al ordenamiento pero que operan supletoriamente a lo informado (al respecto se ha destacado que esa prevalencia de lo informado sobre lo informante constituye una paradoja)."

²⁰⁶ CARPINTERO, Francisco, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Editorial Civitas, S.A., página 320.

normas, garantizaba la solvencia de los mismos, dado que luego venía la aplicación fácil y sin problemas a los casos que inexorablemente se subsumirían en aquellos supuestos fácticos generales. Perelman señala como uno de los signos de la nueva realidad jurídica que comienza a perfilarse en el período inmediato posterior a la segunda guerra, la invocación y presencia creciente de los "principios generales del derecho" en la jurisprudencia. Cada vez más quedará claro que de los "principios" que hablará la doctrina en la etapa post-decimonónica no serán aquellos obtenidos en clave iuspositivista que los sacaba a la luz desde las "normas" dadas a través de procesos de generalización creciente; y por eso Rojo Sanz destaca que "una mente formada en el positivismo le atemorice el solo escuchar la palabra principio"²⁰⁷ y Zagrebelsky concluye que "hoy sería imposible un positivismo de principios".²⁰⁸ Insospechadamente Bobbio en la década del '80 confesará que "los principios generales del derecho se han constituido en un capítulo central en la teoría general del derecho"²⁰⁹ y Prieto Sanchís habla de una "nueva edad de oro de los principios"²¹⁰.

El establecer los principios en las normas es una cuestión que permite la flexibilidad en su aplicación:

"La presencia en el derecho de los principios junto a las normas supone reconocer que a la hora de establecer si una determinada conducta está prohibida, obligada o permitida, tenemos esos dos tipos de medidas que se aplican de manera diferente (por lo que serían especies de un mismo género), y así los principios ofrecen un campo para la discreción muy superior que el de las normas, pues ellos no se aplican a todo o nada (all-or-nothing-fashion) en tanto no definen los supuestos ni tampoco las consecuencias de su aplicación, y se limitan a enunciar una razón que discurre en una cierta dirección (Pound). Los principios son derecho concentrado, y consiguientemente, cuentan con capacidad para expresarse en normas diversas a las que podrán explicar, justificar y controlar. Esa indefinición de los supuestos en los principios, conspira contra su uso directo en la lógica; y su contenido axiológico -explícito o implícito- exige el

²⁰⁷ J.M. ROJO SANZ, "En torno a los principios", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, III, 1986, p. 520. Apud., op. cit., VIGO, Rodolfo Luis, p. 35.

²⁰⁸ G. ZAGREBELSKY, "El derecho dúctil", Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 124. Apud., id.

²⁰⁹ N. BOBBIO, voz "Principi generali dei diritto", en *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, 1982, p. 889. Apud., id.

²¹⁰ L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 17. Apud., id.

²¹¹ *Ibid.*, pp. 34 y 35.

recurso de la filosofía práctica para su inteligibilidad.”²¹²

De alguna forma, se han señalado las bondades de los principios sobre las cuestiones normativistas.

Ahora, refiriéndome al ámbito mundial, puedo comentar que dicho principio de subsidiariedad ya ha permeado hasta en las más altas organizaciones o comunidades superiores. Tal como es el caso de la Unión Europea.

Por ejemplo, en el Tratado de Roma, de fecha 25 de marzo de 1957, “Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”, se señala en su artículo 5 señala que en los ámbitos no exclusivos, la Comunidad intervendrá conforme al principio de subsidiariedad, en la medida en que los objetivos no puedan ser alcanzados por los Estados miembros.²¹³

De forma más cercana en el tiempo, se puede señalar que en el “Tratado de Maastricht” o “Tratado de la Unión Europea”, se menciona el principio de subsidiariedad, al inicio en relación a que las decisiones se tomen de la manera más próxima a los ciudadanos. Posteriormente se menciona en el artículo B y en el artículo 3 B.²¹⁴

²¹² *Ibid.*, p. 35.

²¹³ TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. ROMA. 25 DE MARZO DE 1957.

“Artículo 5 .La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.”. Consultado el día 14 de junio de 2009, en la página <http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i12.pdf>

²¹⁴ TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. (Tratado de Maastricht)

(...) RESUELTOS a continuar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, (...)

Artículo B

La Unión tendrá los siguientes objetivos:

XIII. EL PAPEL DE LA JUDICATURA EN MÉXICO ANTE EL ARBITRAJE

El papel de la judicatura es de suma importancia en lo que al arbitraje se refiere.

"Un buen sistema legal requiere de más [que de regímenes jurídicos de punta]. El derecho escrito es un elemento, pero no el único. Su aplicador es importante, de la misma manera en que la utilidad de la espada varía atendiendo al guerrero que la porta. De allí que la destreza legal arbitral de las judicaturas sea frecuentemente analizada. Pero no sólo su destreza, sino la aproximación que hacia el arbitraje se tiene. No es ninguna noticia que buen derecho escrito puede entorpecerse mediante interpretaciones o prácticas incorrectas".²¹⁵

Doctrinalmente se dice que la relación entre la judicatura y el procedimiento arbitral es de apoyo y no de control. Sin embargo, "en algunos casos ha sucedido que

- promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado,

- afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común,

- reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión,

- desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior,

- mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar, con arreglo al procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo N, la medida en que las políticas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas, para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios.

Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

«Artículo 3 B.

La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.»

Consultado el día 14 de junio de 2009 a través de la página de internet <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>

²¹⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, México, Editorial Porrúa, primera edición, 2007, p. 4.

*jueces toman pasos que exceden, y con frecuencia contradicen, su papel con respecto del arbitraje".*²¹⁶

A título de ilustración, se puede mencionar que la excepción para que aplique la remisión al arbitraje del artículo 1424 del Código de Comercio, ha causado problemas.²¹⁷

La cuestión es que el juez que esté viendo la posibilidad de la remisión al arbitraje, puede dejar de remitir a las partes al arbitraje a menos que "*compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*", según el mismo artículo 1424 del Código de Comercio.

*"Los términos 'nulidad', 'ineficacia' e 'imposibilidad de ejecución' de un acuerdo arbitral tienen una connotación especial. En términos generales, por 'nulidad', se entiende que el acuerdo arbitral estaba viciado de origen. Por 'ineficacia' se entiende que, habiendo nacido válido, ha dejado de tener efectos jurídicos por razones jurídicas posteriores. Por 'ejecución imposible' se entiende que, por razones fácticas, no jurídicas, se torna imposible cumplir con la obligación adquirida por el acuerdo arbitral."*²¹⁸

La forma en que debe operar esa facultad por el juez ha traído problemas, porque parece existir una contradicción entre la excepción a la remisión al arbitraje antes señalada, según el artículo 1424 del Código de Comercio y que corresponde al juez y, por otra parte, la facultad que tiene el tribunal arbitral para decidir sobre la validez del

²¹⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El arbitraje y judicatura: un binomio necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica*, ensayo publicado por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, en la Colección Foro de la Barra Mexicana, número 12, Seguridad Jurídica: Diagnóstico y Propuestas. México, Editorial Themis, primera edición, 2006, p. 119.

²¹⁷ *Op. cit.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El arbitraje y la judicatura*, p. 24.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 25.

acuerdo arbitral de conformidad con el artículo 1432²¹⁹ del Código de Comercio.²²⁰

Esta aparente contradicción textual ha encontrado diferencias de opinión en la judicatura, que llevó a que, por una parte, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito adoptó la primera postura (al tribunal arbitral le corresponde la facultad de determinar la "nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución" de un acuerdo de arbitraje), mientras que el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito señaló lo contrario (que dicha facultad le corresponde al Juez). Después de que dicha contradicción fue denunciada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en el último sentido (que tal facultad le corresponde al Juez).²²¹

La anterior decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se expone a en la Contradicción 51/2005, de la Primera Sala de la Corte, de fecha 11 de enero de 2006. La tesis dice:

"ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL. La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos le gales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia

²¹⁹ Código de Comercio. Artículo 1432.- El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

²²⁰ *Op. cit.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El arbitraje y la judicatura*, p. 25.

²²¹ *Id.*

o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva" (Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Días. Ponente: Juan N. Silva Meza).

Se dice que dicha postura adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es incorrecta porque:

1.- Viola uno de los principios más añejos e importantes del derecho arbitral: el principio de *compétence-compétence*, mismo que está contenido en el artículo 1432 del Código de Comercio.

2.- Es violatoria del espíritu y mecánica del artículo 1424 del Código de Comercio y el II(3) de la Convención de Nueva York.

3.- Amputa los efectos de la frase "El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje" contemplada en el tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio. Ello viola el principio de interpretación *ut magis valeat quam pereat* (un texto debe ser interpretado de tal forma que se le dé efecto).

4.- Inventa (improvisa) aun otra instancia de revisión por el juez de la jurisdicción del árbitro.

(Además de poderla revisar al final y durante, también lo podrá hacer la inicio).

5.- Es contraria al artículo 1421 del Código de Comercio; y

6.- Merma el deseo de las partes de contar con un procedimiento arbitral no-judicializado."²²²

Entonces, si se sostiene que dicha facultad le correspondería al tribunal arbitral, cabe preguntarse lo mismo que señala Francisco González De Cossío:

"¿porqué (sic) entonces se le faculta al juez para realizar la determinación de la nulidad, ineficacia y/o inaplicabilidad del acuerdo arbitral? Después de todo, así lo establece expresamente el artículo 1424. La respuesta está en el diseño y objetivos de la norma: se trata de una válvula de escape excepcional que se creó con la finalidad de evitar el absurdo de realizar una remisión al arbitraje cuando es manifiestamente palpable que el acuerdo arbitral no lo justifica. La causal debe ser manifiesta. Evidente. No debe quedar duda alguna. Y cualquier duda debe resolverse a favor de la remisión; de lo contrario se violentaría el principio de *compétence-compétence*.

La aseveración anterior sobre el auténtico contenido de la norma encuentra sustento tanto en la historia legislativa, la doctrina, como en la interpretación más aceptada de la misma."²²³

A lo anterior, yo añadiría, que no sólo al principio de *compétence-compétence*, sino que además al principio de subsidiariedad, ya que además de que la ley así lo faculta, ¿por qué habría de intervenir el juez si se puede resolver todavía en el ámbito del tribunal arbitral?

Otros problemas que se han generado en relación con la intervención de la judicatura en el arbitraje están relacionados con las causales de nulidad, tanto en su interpretación como ejecución. Por ejemplo, ha ocurrido que el juez acepta causales distintas a las indicadas en los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio a pesar de ser

²²² *Ibid.*, pp. 26 y 27.

²²³ *Ibid.* p. 28.

causales taxativas. También ha ocurrido que un juez analice causales por oficio, cuando la regla es al revés: el juez puede resolver sólo basándose en las causales esgrimidas, salvo tratándose de arbitrabilidad y orden público.²²⁴

Tomando en cuenta algunos de los problemas que se presentan en la práctica del arbitraje en su relación con la judicatura, se puede decir que todavía la judicatura no ha terminado de entender su papel frente al arbitraje.

De hecho, considero que el reconocer que el arbitraje está informado por el principio de subsidiariedad ayudaría a que la judicatura entendiera todavía mejor el papel de cooperación que le toca, y más aún, el de simplificar las cosas mediante su no intervención en la medida de la posible, bajo la premisa de que si las partes o el tribunal arbitral lo pueden resolver, no tendría por qué intervenir. Además, el establecerlo directamente en ley (en el Código de Comercio), abriría la puerta para que con fundamento en tal disposición legal los tribunales y los particulares la puedan invocar para interpretar y ejecutar las disposiciones relativas al arbitraje de una mejor manera.

²²⁴ *Ibid.* pp. 57 y 58.

CONCLUSIONES

1.- Se arribó a la conclusión de que el arbitraje está informado por el principio de subsidiariedad.

2.- Las ventajas que trae aparejado el arbitraje como medio de solución de controversias son claras.

3.- Tomando en cuenta las ventajas que ofrece el arbitraje comercial, y tomando en cuenta parte de las problemáticas de nuestro sistema judicial mexicano, se ve al arbitraje como una buena propuesta de solución para mejorar el sistema de impartición de justicia.

4.- El arbitraje apoyaría al sistema de impartición de justicia, a través de que México como Estado, y los funcionarios en su actuar particular, confíen más en el arbitraje comercial y sus bondades, y que en lugar de que su papel o injerencia respecto del arbitraje sea de control, sea mejor de cooperación, para lo cual considero que la inserción en el Título Cuarto del Código de Comercio en el sentido de que el principio de subsidiariedad informa el arbitraje, sería una forma de ayudar a que la judicatura entienda todavía mejor su papel de cooperación.

5.- Para lo anterior, será necesario: a) por una parte se sensibilicen a los funcionarios judiciales en lo que respecta al arbitraje y por otra parte, b) se fomente una cultura arbitral como un muy buen medio alternativo para solucionar ciertas controversias entre los particulares, como una opción distinta al tradicional medio de solución de controversias: juzgados estatales.

APARTADO DE PROPUESTAS

Por todo lo anterior, se ha elaborado el presente apartado de propuestas:

- Reconocer que el principio de subsidiariedad es principio informador del arbitraje.
- Tomando en cuenta la utilidad de los principios, según se señala en el capítulo respectivo, que se explicita dicho reconocimiento del principio de subsidiariedad como principio informador del arbitraje, mediante una adición al Título Cuarto del Código de Comercio en el sentido de que para la interpretación y actuaciones sobre dicho Título se deberá de seguir el principio de subsidiariedad.
- Sensibilizar a los funcionarios judiciales mexicanos en materia de arbitraje comercial.
- Promover la cultura de que el arbitraje comercial es un buen medio para resolver controversias.
- Fomentar la idea de que entre más sencillo sea el ámbito en que se dé la resolución de conflictos (en una escalada de intervención, es decir, primero entre particulares, luego arbitraje y después tribunales estatales) es mejor, dejando que en cada ámbito se cumpla su función de la mejor manera, en los casos en los que se pueda y sea necesario.

BIBLIOGRAFÍA

- APARISI MIRALLES, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, España, Editorial EUNSA / Astrolabio. 2006.
- ARCE, Alberto G., *Derecho Internacional Privado*, México, Editorial Universidad de Guadalajara, séptima edición, 1990.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, México, Editorial Porrúa, decimoprimer edición, 1995.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, décima edición, 2005.
- AZAR MANSUR, Cecilia, *"Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de solución de conflictos a considerar"*, Breviarios Jurídicos, Porrúa, México, 2003.
- BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, México, Porrúa, duodécima edición, 1986.

- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El Arbitraje Comercial, Doctrina y legislación*, México, Limusa Noriega Editores, segunda edición, 1999.
- CARPINTERO, Francisco, "Una introducción a la ciencia jurídica", Editorial Civitas, S.A., página 320.
- Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Pontificio Consejo <<Justicia y Paz>>, México, Librería Editrice Vaticana, Ediciones CEM / Conferencia del Episcopado Mexicano, 2004.
- CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado, Parte General*, México, Oxford University Press, tercera edición, 1998.
- CUEVAS CANCINO, Francisco, *Manual de Derecho Internacional Privado*, tercera edición, México, Escuela Libre de Derecho, Porrúa, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2006.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Porrúa, decimoprimer edición, 1998.

- DICCIONARIO DE FRASES JURÍDICAS Y TÉRMINOS LATINOS, México, Editorial Sista, 2007.
- FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, The Hague, The Netherlands, Kluwer Law International, edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, 1999.
- GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, *Derecho de los Negocios Internacionales, Arbitraje Internacional, TLCAN, América Latina*, CIADI, México, Editorial Porrúa, 2006.
- GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Deontología Jurídica*, España, Editorial EUNSA, cuarta edición corregida y aumentada, 1999.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2005.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje Deportivo*, México, Porrúa, 2006.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El arbitraje y judicatura: un binomio necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica*, ensayo publicado por

la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, en la Colección Foro de la Barra Mexicana, número 12, Seguridad Jurídica: Diagnóstico y Propuestas, México, Editorial Themis, 2006.

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, México, Porrúa, 2007.
- GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, México, Editorial Themis, 2000.
- GUTIÉRREZ GARCÍA, José Luis, *Conceptos Fundamentales en la Doctrina Social de la Iglesia*, tomo IV, R-Z, Madrid, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, España, 1971.
- JAMES, Philip S., *Introduction to English Law*, London, Butterworths, fifth edition, 1962.
- LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A., KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, The Netherlands, Kluwer Law International.
- LORCA NAVARRETE, Antonio M., *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*, España, Editorial Tecnos, 1989.

- LOREDO HILL, Adolfo, *Nuevo Derecho Autoral Mexicano*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2000.
- MEDINA MORA, Raúl, *Cláusula y acuerdos arbitrales*, en *Arbitraje Comercial Internacional, Doctrina Jurídica Contemporánea*, Distribuciones Fontamara, PEREZNIETO CASTRO, Leonel (Compilador), México, 2000.
- OCHOA SÁNCHEZ, Miguel Ángel, VÁLDES MARTÍNEZ, Jacinto, y VEYTIA PALOMINO, Hernany, *Derecho Positivo Mexicano*, México, Editorial McGraw-Hill, segunda edición, 2002
- OPPEIT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Tr. Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza, y José Joaquín Caicedo Demoulin, Colombia, Editorial Legis, 2006.
- ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, México, Oxford, tercera edición, 2004.
- PEREZNIETO, Leonel, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, México, Oxford, 2006.

- PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Deontología Jurídica, la ética en el ser y quehacer del abogado*, México, Oxford University Press, 2006.
- *Quadragesimo Anno*, Encíclica del Papa Pío XI. 15-VI-1931. Consultada en la obra "El Mensaje Social de la Iglesia", Ediciones Palabra, documentos MC, tercera edición Madrid, España, 1991,
- RABASA, Oscar, *Derecho Angloamericano*, México, Porrúa, segunda edición, 1982.
- REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, *Law and practice of international commercial arbitration*, London, Sweet & Maxwell, fourth edition, 2004.
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, España, McGraw Hill, 1997.
- ROCA AYMAR, José Luis, *El Arbitraje en la Contratación Internacional*, España, ESIC Editorial, Instituto Español de Comercio (ICEX), 1994.

- SANTOS BELANDRO, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, México, Oxford University Press, tercera edición, 2000.
- SEPÚLVEDA, César, *Curso de Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, quinta edición, 1973.
- SIQUEIROS, JOSÉ LUIS, en el Prólogo a la obra de GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, titulada *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004.
- SIQUEIROS, José Luis, *El arbitraje y los órganos judiciales*, en *Arbitraje Comercial Internacional*, por PEREZNIETO CASTRO, Leonel (compilador), México, Doctrina Jurídica Contemporánea, Distribuciones Fontamara, primera reimpresión, 2002.
- SHAW, Malcolm N., *International Law*, Great Britain, Grotius Publications Limited, third edition, 1991.
- SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, México, Pereznieto Editores, 1994.
- SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado*, México, Porrúa, 1999.

- TENA, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, México, Porrúa, decimocuarta edición, 1994.
- UTZ, Arthur Fridolin, *Ética Social III*, España, Biblioteca Herder, Sección de Ciencias Sociales, Editorial Herder, Barcelona, 1988.
- VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, segunda edición, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Mariana Gascón, España, Editorial Trotta, cuarta edición, 2002.
- ZWEIGERT, K., and KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, translated by Tony Weir, Great Britain, Clarendon Press - Oxford, second edition, 1992.

PÁGINAS DE INTERNET UTILIZADAS.

<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>

<http://www.adr.org/>

http://www.adr.org/about_icdr

<http://www.arbitrajecanaco.com.mx/>

http://www.arbitrajecanaco.com.mx/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=37&Itemid=80

<http://www.camex.com.mx/>

<http://www.ciac-iacac.org/>

http://www.iccmex.org.mx/documentos/publicos/2007/enero/rules_arb_spanish.pdf

<http://www.iccwbo.org/>

<http://www.jamsadr.com/>

<http://www.periodistasenlinea.org/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=956>

<http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i12.pdf>

http://www.proceso.com.mx/noticias_articulo.php?articulo=47860

http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/camca/camtoc_e.asp

<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/A1S.pdf>

http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

<http://zocalo.laneta.apc.org/texto.shtml?cmd%5B14%5D=x-14-8c51e518b4accd1d511bcb17f07fe84c&cmd%5B23%5D=c-2-73>