

LA ESCURRIDIZA NOCIÓN DE ‘ARBITRAJE’: UN EJERCICIO DE DEFINICIÓN TAN ARDUO COMO IMPORTANTE

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	ANTECEDENTE: LA DEFINICIÓN CIRCULAR	2
III.	LA DEFINICIÓN JUDICIAL	3
A.	INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DEL EJERCICIO	3
1.	Nociones vecinas	3
2.	Liberalidad en la utilización de la palabra ‘arbitraje’	3
3.	Implicaciones	5
B.	PRIMEROS ANTECEDENTES JUDICIALES	6
C.	TESIS DE 2009	10
1.	Genérico	10
3.	Modalidades	11
2.	Clasificación	12
a)	Voluntario.....	12
b)	Forzoso.....	14
c)	Intermedio.....	15
d)	Otras clasificaciones	16
D.	CASO PARADIGMATICO RE AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EFECTOS DEL AMPARO	17
E.	FACULTAD <i>EX AEQUO ET BONO</i>	18
IV.	ELEMENTOS ADICIONALES	20
A.	DEFINICIÓN INCIPIENTE	21
B.	ELEMENTOS ADICIONALES.....	22
1.	Proceso.....	22
2.	Resultado.....	23
V.	COMENTARIO FINAL.....	26

González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro y abogado postulante en casos nacionales e internacionales. Profesor de arbitraje, arbitraje de inversión y arbitraje deportivo, Universidad Iberoamericana, Escuela Libre de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Universidad Panamericana. Presidente del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción. Miembro de la Corte de la *London Court of International Arbitration*, del Instituto Mexicano del Arbitraje, Club Español del Arbitraje. Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo (*Tribunal Arbitral du Sport*). Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

I. INTRODUCCIÓN

La definición de ‘arbitraje’ ha mostrado ser elusiva. A continuación se comenta, tomando como punto de partida la experiencia mexicana.

Para ello, se describiré la definición textual (§II), la judicial (§III), para luego proponer los elementos que debe contener la definición de ‘arbitraje’ (§IV).

II. ANTECEDENTE: LA DEFINICIÓN CIRCULAR

El derecho arbitral mexicano se basa en la ley modelo de arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).¹ Siguiendo la pauta de la Ley Modelo,² optó por no definir el tema.³ O, más bien, adoptó una definición que un puritano de la lógica criticaría⁴ y calificaría como “circular”.⁵ Me refiero a lo dispuesto en el Artículo 1416 del Código de Comercio, que, en su fracción segunda, dice:

Para los efectos del presente título se entenderá por ... *Arbitraje*: cualquier procedimiento *arbitral* de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo ...”

(énfasis añadido)

El efecto y objetivo de dicha definición circular de ‘arbitraje’ es dejar a que el

¹ Para abundar, véase ICCA National Report MEXICO.

² Aron Broches, COMMENTARY ON THE UNCITRAL MODEL LAW AN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990, p. 38.

³ Dada la dificultad de uniformar esta área de la Ley Modelo, los redactores decidieron que una definición precisa era innecesaria. Sin embargo, quisieron cerciorarse que abarcara tanto arbitraje institucional como *ad hoc*.

⁴ Puesto que es un principio básico de la lógica que lo definido no puede entrar en la definición. Ver Irving M. Copi y Carl Cohen, INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA, Ed. Limusa, Noriega Editores, 1995, p. 197.

⁵ Una definición circular es aquella en la que el término que se está definiendo (el *definiendum*) aparece en la definición (el *definiens*). El problema con dicho tipo de definiciones es que el significado del término queda claro únicamente a quienes ya lo entienden. Por ende, fracasan en su propósito: explicar el significado del *definiendum*.

Poder Judicial mexicano destile una noción propia.

Si bien desde hace tiempo autores mexicanos habían ofrecidos definiciones,⁶ lo cierto es que faltaba una respuesta judicial.

III. LA DEFINICIÓN JUDICIAL

A. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DEL EJERCICIO

Si bien todo ejercicio de definición es difícil, la definición de este término lo era aun más. El motivo es triple. Primero, las nociones vecinas. Segundo, la (promiscua) utilización del término ‘arbitraje’ por el legislador mexicano. Tercero, el impacto que una definición demasiado amplia o inexacta podría tener.

1. Nociones vecinas

Existen instituciones que guardan similitudes con el arbitraje. Por ejemplo, la mediación, la conciliación, los procedimientos de expertos, la transacción y (según algunos) el mandato. Su parecido y diferencia específica ha sido abordada en otro contexto,⁷ por lo que no repetiré el análisis. Sólo dejo constancia que su caracterización ha propiciado diferencias, lo cual justifica la aseveración que el ejercicio de definición es arduo.

2. Liberalidad en la utilización de la palabra ‘arbitraje’

El término ‘arbitraje’ es utilizado con cierta promiscuidad. Instituciones que

⁶ Ver, por ejemplo, Luis Enrique Graham Tapia, EL ARBITRAJE COMERCIAL, Ed. Themis, México, D.F., 2000, p.11. Cecilia Azar, Sofía Gómez Ruano y Elsa Ortega López, LEY MEXICANA DE ARBITRAJE EN MATERIA COMERCIAL, Ed. Themis, México, D.F., 2009; Cecilia Flores Rueda (ed.), Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial, Ed. Themis, México, D.F., 2010, p. 17; y González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, p. 57.

⁷ En EL ÁRBITRO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2008, pp. 3-11. A su vez, en ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, México, D.F., 2009, se profundiza en el mismo análisis (p. 135) y se detalla su naturaleza jurídica (pp. 149 *et seq*).

distan de ser lo que *en verdad* puede calificarse como ‘arbitraje’ la llevan en su nombre. El resultado ha sido confusión. Pondré algunos ejemplos:

- a) La Junta Federal de Conciliación y **Arbitraje**, que no es más que litigio laboral;⁸
- b) La Comisión Nacional de **Arbitraje** Médico, que es una institución administrativa ante la cual se ventilan quejas en materia médica;
- c) La posibilidad de que la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) actúe como **árbitro**,⁹ siendo que no es más que una entidad administrativa ante la cual se presentan quejas por usuarios de servicios bancarios y financieros;
- d) Los procedimientos ante la Comisión de Apelación y **Arbitraje** del Deporte, que es un procedimiento ante un órgano administrativo;¹⁰
- e) En materia de protección al consumidor, la posibilidad que la Procuraduría Federal de Protección del Consumidor actúe como **árbitro**.¹¹ De nuevo, una entidad administrativa;
- f) En materia de seguros¹² y fianzas¹³ se contemplaba la posibilidad de que

⁸ Diversos tribunales laborales de entidades federativas también son llamados ‘Juntas de Conciliación y **Arbitraje**’.

⁹ Artículos 11.IV, 11.XX, y 60 a 84 Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

¹⁰ Artículo 38 de la Ley General de Cultura Física y Deporte. Dicho precepto establece que dicha comisión (la ‘CAAD’) es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública que funge como árbitro en las controversias que pudieran suscitarse entre deportistas, entrenadores y directivos.

¹¹ Artículo 116 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

¹² Artículo 109.X y 11 y 13 transitorios de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

¹³ Artículo 69.X, 103 bis.I, 118 bis último párrafo y 13 transitorio de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

el Presidente de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas para actuar como **árbitro**; y

- g) Las referencias al arbitraje en la legislación agraria y su órgano administrador: la Procuraduría Agraria.¹⁴

Todas estas instancias de utilización de la palabra ‘arbitraje’ merecen la crítica que en verdad no son ‘arbitraje’. Son instancias de litigio o procedimientos administrativos.

3. Implicaciones

La utilización de la palabra ‘arbitraje’ para bautizar instancias de procedimientos administrativos tuvo como resultado propiciar el debate sobre la procedencia del Juicio de Amparo para recurrir actos o resoluciones dictadas por dichas instituciones.

A la fecha, el Poder Judicial ha sido claro que el amparo no procede ni contra el laudo,¹⁵ ni el árbitro.¹⁶ El razonamiento que ha prevalecido es que no se reúnen los requisitos de procedencia: no se está ante una autoridad—requisito *sine qua non* de la procedencia del Juicio de Amparo.¹⁷

¹⁴ La referencia en el artículo 5 de la ley orgánica de la Procuraduría Agraria y artículo 18.XIII de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios, artículo 5.V del Reglamento Interior de la Procuraduría Agraria.

¹⁵ **LAUDO ARBITRAL. NO CONSTITUYE UNA SENTENCIA DEFINITIVA PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO.** Registro No. 172483, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 15. Amparo directo en revisión 1225/2006 (la cual califica al arbitraje como “un medio jurídico para resolver litigios basado en la voluntad de las partes que eligen a particulares” y al laudo como “la decisión tomada por el árbitro ... sin que sea propiamente una sentencia”).

¹⁶ Para abundar sobre esto, véase González de Cossío, EL ÁRBITRO. ¿AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EL JUICIO DE AMPARO?, Revista de Investigaciones Jurídicas, No. 29, 2005, Escuela Libre de Derecho, p. 605.

¹⁷ Artículo 103.I de la Constitución. Artículo 11 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Pero para mantener el *statu quo* correcto era indispensable que la definición judicial fuera acertada, so pena de invitar a que se modifique el criterio.

B. PRIMEROS ANTECEDENTES JUDICIALES

Existen precedentes judiciales dignos de ser citados y aplaudidos. Por ejemplo:

ARBITRAJE. El arbitraje es una convención que la ley reconoce y que, por cuanto implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, tiene una importancia procesal negativa. Ese contrato es el llamado de **compromiso**, y en virtud de él, las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares; de ese modo, se sustituye el proceso con algo que es afín a él, en su figura lógica, supuesto que en uno y otro casos, se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo, por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional, que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; de suerte que, entonces, el laudo se equipara al acto jurisdiccional. El laudo sólo puede reputarse como una obra de lógica jurídica, que es acogida por el Estado, si se realizó en las materias y formas permitidas por la ley. El laudo es como los considerandos de la sentencia, en la que el elemento lógico, no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad, con el cual el Juez formula la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia. Esa preparación lógica no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza por un órgano del Estado. El árbitro carece de imperio, puesto que no puede examinar coactivamente testigos ni practicar inspecciones oculares, etcétera; y sus laudos son actos privados, puesto que provienen de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido, a la materia lógica del laudo, la materia jurisdiccional de una sentencia. La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo; pero obrar en calidad de órgano del Estado, significa perseguir, con la propia voluntad, intereses públicos, lo que evidentemente no hacen las partes cuando comprometen en árbitros sus cuestiones, puesto que entonces persiguen fines exclusivamente privados; de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas y el laudo es juicio privado y no sentencia, y estando desprovisto, por lo mismo, del elemento jurisdiccional de un fallo

judicial, no es ejecutable sino hasta que le preste su autoridad algún órgano del Estado que lo mande cumplir. El laudo y el exequatur, deben ser considerados como complementarios, son dos aspectos de un solo acto jurídico; uno, es el elemento lógico que prepara la declaración de la voluntad de la ley que ha de aplicarse en el caso concreto, y el otro, consiste precisamente, en esa voluntad, formulada por el funcionario provisto de jurisdicción. Estas teorías han sido aceptadas por nuestra legislación, pues la ley de enjuiciamiento civil del Distrito dispone, en sus artículos 1314 y 1324, que los Jueces tienen la obligación de impartir a los árbitros, cuando así lo soliciten, el auxilio de su jurisdicción, y de ejecutar, en su caso, la decisión que aquéllos pronuncien, y el artículo 1302, coloca al árbitro en la imprescindible necesidad de ocurrir al Juez ordinario, para toda clase de apremios; pero más claramente se advierte el carácter de simples particulares que tienen los árbitros, del contexto del artículo 5o. de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito, de treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiocho, que declara que **los árbitros no ejercen autoridad pública**; por tanto, desde el punto de vista de nuestra legislación, **los laudos arbitrales son actos privados que por sí mismos no constituyen una sentencia**, y el mandamiento de ejecución que libra el Juez competente, cuando es requerido para el cumplimiento de un laudo, integra, juntamente con éste, la sentencia. Por otra parte, el citado artículo 5o. de la ley orgánica, al declarar que los tribunales deben prestar el apoyo de su autoridad a los laudos arbitrales, cuando éstos estuvieren dentro de la ley, implícitamente reconoce a los tribunales la facultad de hacer un análisis del laudo, a efecto de determinar si está conforme, o no, con el ordenamiento jurídico, pero no es racional suponer que tales facultades sean absolutas, esto es, que los Jueces estén autorizados para revisar los laudos de una manera completa. Esta resolución no sería posible, porque no se advierte por los términos en que está concebido el repetido artículo 5o., que el legislador haya tenido la intención de que los Jueces pudieran nulificar el juicio arbitral y a esto equivaldría la facultad otorgada a los tribunales para determinar, revisando las cuestiones de fondo, si el árbitro aplicó correctamente el derecho, en el caso sometido a su decisión. Además, para que los Jueces pudieran proceder con completo conocimiento del negocio, y dictar una resolución justa, sería necesario que el pronunciamiento estuviera precedido de un debate habido entre las partes, ante el mismo Juez, lo cual no está autorizado por nuestra ley de enjuiciamiento. El sistema generalmente adoptado, se basa en la distinción siguiente: si la violación contenida en el laudo ataca el orden público, el Juez debe rehusar el exequatur, y por el contrario, debe decretar la ejecución, si la violación perjudica solamente intereses privados, mas como surge la dificultad sobre lo que debe considerarse intereses de orden público, debe atenderse a lo mandado por el artículo 1329 del Código de Procedimientos Civiles, del que se deduce que la intención del legislador fue que cuando la sentencia arbitral no se arregle a los términos del compromiso, o cuando se niegue a las partes la audiencia,

la prueba o las defensas que pretendieron hacer valer, la impugnación del laudo se haga, no cuando se trata de ejecutarlo, sino mediante la interposición de un recurso; y aun cuando en el citado precepto se habla del ya suprimido recurso de casación, de todas maneras queda en pie la voluntad de la ley, sobre que éstas infracciones no preocupen al Juez ejecutor, para el efecto de otorgar el exequatur; tanto más, cuanto que los interesados disponen de la vía del amparo para reclamar dichas violaciones; de modo que puede afirmarse que la revisión que del laudo hagan los tribunales, debe tener por objeto exclusivo, determinar si pugna con algún precepto, cuya observancia esté por encima de la voluntad de los comprometidos y que las violaciones que daban lugar a la casación, no deben ser materia de la revisión de que se trate. El laudo, una vez que se decreta su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional, y el agraviado puede entonces ocurrir a los tribunales de la Federación, en demanda de amparo, a fin de que se subsanen los vicios de que adolezca, desde el punto de vista constitucional, en la inteligencia de que el término para promover el juicio de garantías, empieza a correr desde la fecha en que se notifica legalmente la resolución que acuerde, en definitiva, la ejecución.¹⁸

(Énfasis añadido.)

En forma relacionada:

De acuerdo con la fracción I del artículo primero de la ley de Amparo, en relación con la fracción I del artículo 103 constitucional, el amparo sólo procede contra actos de autoridad que violen las garantías individuales, y aún cuando los árbitros, por disposición de ley, tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes sometan a su consideración, no obstante, ello, como estos árbitros emanan de un compromiso formado entre particulares, su función es privada y de igual modo lo es el laudo que dictan. La función jurisdiccional es una función pública del Estado, por lo que su servicio no puede ser conferido sino por el Estado mismo. De modo que si quien nombra los árbitros y determina los límites de su oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino sólo en interés privado, lógicamente se deduce que **las funciones de los árbitros no son funciones públicas**. En tal virtud **no pueden conceptuarse como autoridades del Estado, siendo improcedentes**, por lo tanto, **los amparos** que se intentan **contra la resolución que dicten, mientras no exista un mandamiento de ejecución** que libre el juez competente, cuando es requerido por los árbitros para el cumplimiento del laudo; exequatur que es indispensable para que la resolución arbitral pueda causar algún perjuicio a las partes. El laudo, una vez que se decreta su cumplimiento, se eleva a la categoría de acto

¹⁸ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tercera Sala, Tomo XXXVIII, pg. 800. (énfasis agregado).

jurisdiccional, y es hasta entonces cuando el agraviado deberá ocurrir en demanda de amparo, ya sea porque en su concepto se hayan cometido violaciones a los términos del compromiso o porque se hayan desatendido los requisitos esenciales del procedimiento como la falta de recepción de pruebas, de audiencia, etc., o se ataquen en el laudo dicho, disposiciones de estricto orden público.¹⁹

(Énfasis añadido)

Como puede observarse, la tendencia judicial era concebir al árbitro y sus actos como actos de particulares. Como tal, les aplica la siguiente jurisprudencia:²⁰

ACTOS DE PARTICULARES. IMPROCEDENCIA. No pueden ser objeto de juicio de garantías, los actos de particulares, ya que éste se ha instituido para combatir los de las autoridades, que se estimen violatorios de la Constitución.

La noción tuvo eco en las deliberaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la “*Suprema Corte*”) en un caso sonado. El Ministro José Ramón Cossío, con su habitual tino, dijo:²¹

Las opiniones en el sentido de que es el amparo el directo el que resulta procedente, parten de la premisa equivocada, desde mi punto de vista, de que el arbitraje no es otra cosa, que una delegación de la jurisdicción estatal en particulares, de acuerdo con tales opiniones, es la delegación de la facultad de juzgar del Estado en particulares, lo que otorga fuerza jurídica al laudo.

... la fuerza jurídica del laudo arbitral no se da pues por delegación estatal, es consecuencia de la manifestación de la voluntad de los particulares; el laudo arbitral tiene fuerza jurídica, porque la voluntad que se expresa en la emisión de los actos jurídicos, como el acuerdo o compromiso arbitral, es capaz de producir consecuencias jurídicas, entre

¹⁹ Amparo Directo 2474/48, 14 de octubre de 1949 (énfasis agregado). El maestro Ignacio Burgoa (*EL JUICIO DE AMPARO*, Porrúa, 1987, p. 186) menciona que este criterio ha sido constantemente reiterado en las ejecutorias que aparecen en los tomos siguientes del Semanario Judicial de la Federación: LXXVIII, p. 4196; LXXI, p. 2827; CIII, p. 2193; CIII, p. 441; XCVI, p. 477; CVII, p. 280; LXXIII, p. 7215; CII, p. 424; CVII, p. 1969, de la Quinta Época.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo VI, Materia Común, pg. 12, que corresponde a la tesis contenida en el Tomo CXVIII, Materia General, Apéndice 1975, y la Tesis 14 del Apéndice 1985.

²¹ Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 30 de enero de 2007, amparo directo en revisión 1225/2006.

ellas, la de quedar sometidos los interesados a la decisión que adopte un tercero, que es el árbitro.

Como puede verse, los primeros criterios iban por buen camino. Es ante dicho trasfondo que vale la pena comentar tesis recientes.

C. TESIS DE 2009

Recientemente, ejecutorias diversas fueron emitidas sobre lo que se entiende por 'arbitraje'. *Grosso modo*, el esfuerzo tomo dos pasos:

1. Definirlo genéricamente; y
2. Clasificarlo entre arbitraje voluntario, forzoso e intermedio.

A continuación se detallan.

1. Genérico

El arbitraje ha sido definido como “proceso de solución de conflictos—distinto a la jurisdicción estatal—mediante el cual se dirimen controversias entre particulares, y que surge de sus voluntades”. La tesis que recayó dice:

ARBITRAJE. SU CONCEPTO GENÉRICO Y SU FINALIDAD. El concepto genérico de "arbitraje" (vocablo que proviene del latín *adbitere*, formado por la preposición *ad*, y *arbitere*, que significa "tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia") se refiere al proceso de solución de conflictos -distinto a la jurisdicción estatal—mediante el cual se dirimen controversias entre intereses particulares y surge de sus voluntades, las que se expresan en un compromiso por medio del cual prefieren concordar sus entredichos con base en el consejo o avenencia de otra persona de su confianza (física o colectiva) a la que regularmente se le llama "árbitro", "avenidor" o "arbitrador", en cuyas manos las partes eligen colocar voluntariamente la respuesta al problema que las enfrenta, buscando lograr así el esclarecimiento del conflicto con una decisión práctica y sustancialmente diversa de la jurisdicción, que proviene de la autodeterminación de las sociedades que deciden entregar al Estado la potestad pública de tutelar los conflictos intersubjetivos en juicios. Desde esta perspectiva, el arbitraje, en principio, no supone la solución de diferencias mediante el proceso jurisdiccional sino a partir de la voluntad, destacando que aun cuando la competencia de los tribunales arbitrales no está determinada por la ley,

finalmente así debe estimarse indirectamente en la medida en que el acuerdo para comprometer en árbitros una problemática tendrá que hacerse mediante un compromiso que deberá ajustarse a las leyes aplicables, por lo que la competencia arbitral tiene en cierta forma un origen legal y, por ende, está supeditada a la legalidad y en última instancia, a través de ésta, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²²

De dicha tesis y definición, los siguientes tres puntos merecen ser enfatizados:

- a) El arbitraje es voluntario;
- b) El arbitraje no implica ‘proceso jurisdiccional’; y
- c) El arbitraje es ‘sustancialmente diverso’ a la jurisdicción estatal.

Las tres puntos que enfatiza dicha definición no sólo son acertados en lo técnico, sino plausibles por sus consecuencias.

3. Modalidades

La Suprema Corte comenzó por dar una explicación previa de porqué es necesario discernir entre las ‘modalidades’ del arbitraje. El motivo:

ARBITRAJE. SUS MODALIDADES GENÉRICAS. Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde una perspectiva procesal los mecanismos para la solución de conflictos se clasifican en autocompositivos (como el desistimiento, el allanamiento, la transacción y en general el convenio) y heterocompositivos (donde interviene un tercero como la jurisdicción, la conciliación y algunas formas de arbitraje); de manera que los primeros se caracterizan porque las partes buscan sanear la discordia evitando el conflicto por sus decisiones personales y por ello no existe interés o motivo suficiente para litigar, no existe controversia directa pues el proceso se resuelve con base en mera pacificación; en cambio, los segundos presuponen el nacimiento de un proceso judicial o jurisdiccional o la posibilidad de remitir la respuesta al conflicto a un tercero distinto de un juez o autoridad judicial con competencia establecida estatalmente (como las Juntas de Conciliación y Arbitraje o la Comisión de Arbitraje Médico). Así, resulta inconcuso que el arbitraje es autocompositivo si

²² Registro No. 166504, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 432. Tesis: 1a. CLXIV/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.

se basa únicamente en la voluntad de las partes y en la contractualidad; y heterocompositivo cuando el árbitro, más que intervenir por voluntad de los contratantes, tiene una actuación determinada por la ley. Por ello, si el arbitraje se presenta por una decisión voluntaria, libre y concertada (como ocurre en los arbitrajes privados civiles o comerciales puros) sus fundamentos tendrán naturaleza meramente contractual; y, por otra parte, quienes solucionen sus conflictos mediante arbitrajes regidos por disposiciones estatales preestablecidas, componen sus diferencias a través de procedimientos arbitrales pero con una naturaleza casi jurisdiccional o al menos próximos a ésta, aunque mediante su voluntad, las partes también pueden acudir a autoridades estatales para que funjan como árbitros y las leyes en ocasiones facultan a estas entidades para actuar como tales, conformando verdaderos arbitrajes intermedios entre el contractualmente establecido y el estatalmente erigido, por lo que se advierte que básicamente existen tres clases de arbitrajes: a) el voluntario o contractual, b) el forzoso o necesario, y c) el intermedio.²³

El paso, aunque *ab initio* matizable desde la perspectiva de la clasificación del arbitraje dentro de las categorías autocompositivo o heterocompositivo, tiene como punto de partida el problema de la promiscuidad legislativa anteriormente descrito. Por ende, con dicho antecedente, el paso es entendible y positivo, pues evita catalogar ambos géneros bajo una misma categoría, lo cual podría tener por resultado que el (auténtico) arbitraje se tratara, para efectos del Juicio de Amparo, en forma equivocada.

2. Clasificación

La Suprema Corte de Justicia clasificó el género ‘arbitraje’ en tres especies: voluntario, forzoso y mixto.

a) Voluntario

Por arbitraje ‘voluntario’, ‘contractual’ fue definido contrastándolo con el forzoso, indicando que (i) tiene como origen del acuerdo arbitral, (ii) constituye una renuncia a la justicia estatal; y (iii) implica la resolución de la controversia

²³ Registro No. 166502, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 434. Tesis: 1a. CLXV/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.

por un árbitro cuyas facultades no constituyen jurisdicción delegada sino que provienen de la voluntad de las partes; y (iv) el árbitro no es parte de la justicia u organización estatal.

ARBITRAJE VOLUNTARIO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA. El arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad con que se fija al árbitro o árbitros, a las reglas procesales para la solución del conflicto y en ocasiones el derecho sustantivo aplicable al caso; a diferencia del forzoso, donde el árbitro, el proceso y el derecho sustantivo son regulados de antemano por las normas estatales. Ahora bien, el arbitraje voluntario tiene origen en el compromiso arbitral o "cláusula compromisoria" que se instala en el momento de la concertación, la cual implica renuncia al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial, a grado tal que si una de las partes citase a la otra ante el juez, la demandada podría solicitar que éste se abstenga del estudio de fondo en virtud de la "excepción de compromiso en árbitros", que no es de incompetencia o litispendencia, sino materialmente de renuncia pactada al procedimiento judicial, de manera que las partes prácticamente sustituyen al proceso y optan por arreglarse conforme a la decisión de un árbitro, quien no será funcionario del Estado ni tendrá jurisdicción propia o delegada, sino que sus facultades derivarán de la voluntad de las partes expresadas "de conformidad" con la ley; su decisión será irrevocable por voluntad, pero no ejecutiva por no ser públicamente exigible hasta en tanto no sea homologada por la autoridad judicial. Así, la exclusión del juez en la arbitración puramente voluntaria representa una consecuencia importante porque la resolución que dirime el conflicto no será una sentencia sino un acto privado denominado laudo, el cual intrínsecamente no compromete al derecho subjetivo o las acciones judiciales, pues aun con el laudo dictado, las partes podrían convenir el sometimiento con reservas e insistir en la promoción del problema ante la justicia estatal, siendo ésta una peculiaridad que evita caer en el equívoco de que el arbitraje permite integrar la voluntad privada en los aspectos que no fueron tenidos en cuenta al convenir, ni tampoco implica que la voluntad de un tercero concurra para determinar la voluntad privada, ya que la única relevante en una decisión arbitral será la proveniente de las partes, quienes se arreglarán mediante resolución adoptada por ellas mismas a través de su propio representante, es decir, el árbitro o tribunal arbitral. Resulta importante señalar también que los árbitros deben resolver imparcialmente las cuestiones sometidas a su potestad y no deben derivar u orientar sus funciones ni sus decisiones por el común consentimiento de las partes (salvo que se exprese como transacción para finiquitar el proceso arbitral), porque dicho consentimiento sólo opera en el momento inicial del arbitraje -que es el compromiso- pero después será irrelevante; tan es así que incluso el procedimiento puede ser revisado posteriormente por la autoridad jurisdiccional a fin de

corroborar la imparcialidad del árbitro, de ahí que sea válido afirmar que los árbitros poseen "autoridad" pero les falta "potestad", la cual es atributo exclusivo del Estado y por ello podrán realizar todos aquellos actos para los que baste la simple autoridad, y deberán solicitar la cooperación de los tribunales respecto de aquellos otros que requieran la potestad, como ocurre por ejemplo en materia de medidas o providencias cautelares y de ejecución en donde se requiere del auxilio de la jurisdicción estatal para lograr dichas medidas mediante procedimientos que (por la forma como se debatirán los intereses) serán contenciosos. Los árbitros voluntarios no integran organización estatal alguna pues no son auxiliares de la justicia ni servidores públicos, ya que la posibilidad del arbitraje se materializa por el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía para resolver sus diferencias y conflictos. Asimismo, cabe agregar que el arbitraje voluntario puede dar origen al denominado arbitraje ad hoc o casuístico, en donde las partes someten la decisión a una tercera persona con base en un procedimiento elaborado por ellas mismas para el caso concreto. El arbitraje privado en ocasiones puede ser institucional, el cual es una submodalidad del arbitraje voluntario en donde las partes someten la controversia mediante libre compromiso ante una institución especializada -nacional o internacional, pública o privada- que organiza y asiste en la conducción del procedimiento arbitral, el cual puede realizarse según sus propias reglas.²⁴

b) Forzoso

La Suprema Corte concibió al arbitraje 'forzoso' como aquél que está en ley y en el cual participa el Estado. Lo distinguió del voluntario haciendo hincapié en que el 'árbitro' no representa la voluntad de las partes sino que tiene una voluntad derivada del Estado.

ARBITRAJE FORZOSO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA. El **arbitraje** forzoso es aquel donde la ley expresamente reserva la solución de ciertos conflictos a un árbitro cuyo nombramiento está determinado por la ley aplicable que es un tercero discernido que no representa a las partes y es imparcial respecto del objeto debatido, de lo que se sigue que en esta modalidad el Estado tiene interés en auspiciar su labor de gestión y procura la pacificación; por ello, al emitirse el laudo en esta variante del arbitraje, el árbitro no representa voluntad alguna de las partes más que la propia, de manera que su decisión está revestida de un sentido de justicia suficiente como para darle una razón jurisdiccional y, por ende, puede

²⁴ Registro No. 166501, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 435. Tesis: 1a. CLXVI/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.

sostenerse que en esta modalidad los árbitros gozan de jurisdicción derivada del Estado, mas no de las partes, por lo que se trata de jurisdicciones complementarias (como en los procedimientos seguidos ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje).²⁵

c) *Intermedio*

La Suprema Corte aludió a un híbrido: el arbitraje ‘intermedio’, como:

ARBITRAJE INTERMEDIO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA. Considerando que el arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad de las partes mediante la cual fijan al árbitro o árbitros, reglas procesales y/o el derecho sustantivo, y que el arbitraje forzoso o necesario es aquel donde la resolución de los conflictos se regula por normas estatales, resulta inconcuso que el arbitraje intermedio es el que tiene características de ambos. En efecto, por voluntad y regulación aplicable puede haber arbitraje intermedio, si se pacta el procedimiento remitiendo a leyes existentes o se fija el derecho sustantivo, ya sea que esto se acuerde respecto de alguno de tales aspectos o de los tres (árbitro, proceso y derecho sustantivo), pero considerándolo como una institución práctica que pretende descongestionar la intensa labor de los tribunales mediante un mecanismo alternativo que no es aplicable a todas las materias, sino solamente a las que se identifican con derechos libremente transigibles.²⁶

Es un misterio a qué se refiere dicha tesis, pues de la revisión de la sentencia (ejecutoria) que dio origen a la misma,²⁷ se observa que, siendo clara con respecto a los demás tipos de arbitraje, no es diáfana con respecto al híbrido.²⁸

²⁵ Registro No. 166506, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 432. Tesis: 1a. CLXVII/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.

²⁶ Registro No. 166505, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 432. Tesis: 1a. CLXIX/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.

²⁷ Amparo en revisión 131/2009.

²⁸ De la revisión de la ejecutoria, la porción que toca este tema dice “El **arbitraje voluntario o contractual** se determina por la libre voluntad contractual con que se fija al árbitro, a las reglas procesales para la solución y en ocasiones hasta el derecho sustantivo aplicable al caso; mientras que el **arbitraje forzoso o necesario** es aquel en donde el árbitro, el proceso y el derecho sustantivo (todos los elementos, o sólo alguno o algunos de éstos tres) son regulados por las normas estatales. De ello se sigue que el arbitraje intermedio será aquel que tenga características de ambos.” Sin embargo, la ejecutoria no detalla a qué se refiere. (Id., p. 155). Otro párrafo echa luz sobre la noción, indicando: “Teniendo en cuenta las dos posiciones anteriores, es

En mi opinión, sería conveniente erradicar esta distinción, que puede generar confusiones y problemas.

d) Otras clasificaciones

La Suprema Corte también realizó otras clasificaciones que, aunque algunas son cuestionables, no generan problemas.

ARBITRAJE. SUBCLASIFICACIONES BAJO CRITERIOS DE VALORACIÓN. El arbitraje, además de ser voluntario, forzoso o intermedio, según la intervención y medida de la libre voluntad de las partes que se comprometen en árbitros, se subclasifica a su vez bajo criterios de valoración en: a) jurídico o de hecho, donde el árbitro se rige por disposiciones legales que ha de interpretar y aplicar en los alcances precisos que su técnica o especialización le facultan; b) de equidad o amigable composición, aquel en que se habilita por las partes al árbitro para proponer soluciones de acercamiento entre intereses contrapuestos, propiciando fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa, es decir, que se rigen por las reglas de la caballerosidad y el honor que el compromiso supone, pero no por soluciones técnicas basadas en fórmulas de derecho o normas jurídicas; c) formal, cuando se aplican disposiciones conocidas como las del juicio de conocimiento ordinario y las demás solemnidades se guían por normas de derecho práctico, como la manera de emitir las sentencias o apreciar la prueba producida; d) no formal o ad hoc, si el procedimiento o el derecho aplicable a la solución se ajusta a las modalidades que las partes acuerdan; e) interno o doméstico, cuando se rige por árbitros o disposiciones locales; y, f) extranjero o internacional, si las normas en uso provienen de tratados o convenios internacionales.²⁹

evidente que un arbitraje puede ser absolutamente voluntario o bien puede ser forzoso, o incluso intermedio dependiendo de que se trate de un arbitraje en donde mediante la voluntad de las partes se designe como árbitro a un ente público o a un tribunal arbitral privado; puede ser intermedio también si se pacta el procedimiento remitiendo a leyes existentes o se fije el derecho sustantivo, ya sea que esto se acuerde respecto de alguno de tales aspectos o de los tres, pero considerándolo como una institución práctica que busca descongestionar la intensa labor de los tribunales mediante un mecanismo alternativo que no es aplicable a todas las materias sino solamente a las que se identifican con derechos libremente transigibles.” (Id., p. 159).

²⁹ Registro No. 166503, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 433. Tesis: 1a. CLXVIII/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.

D. CASO PARADIGMATICO RE AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EFECTOS DEL AMPARO

Aunque aun no ha sido publicado, existe un caso recientemente decidido por la Suprema Corte que, aunque versa sobre un tema distinto,³⁰ se relaciona con arbitraje por dos motivos.³¹ Primero, porque está relacionado con la teoría de la aplicación horizontal de la Constitución, la cual puede impactar la aplicación de mecanismos del Derecho Procesal Constitucional al arbitraje.³² Segundo, porque cita al arbitraje como un proceso intrínsecamente voluntario, sobre el cual no debe proceder el Juicio de Amparo.

Un fragmento de la Ministra Luna Ramos es particularmente relevante para nuestro tema:³³

... [es] una cuestión de carácter voluntario, ... el particular se somete ... [con] carácter contractual, ... voluntariamente me someto, a una cuestión casi arbitral, en la que yo decido someterme a esa jurisdicción, y en la que jamás podría tener sobre estos aspectos el carácter de autoridad que me sancione, porque yo lo determiné con el libre arbitrio de mi voluntad.

... es cierto que el concepto de autoridad para efectos del juicio de amparo, es una institución que ha evolucionado a lo largo del juicio de amparo como lo habíamos señalado desde la ocasión anterior; sin embargo, ... abrir la puerta del juicio de amparo a actos de particulares [sería] ... un retroceso en la evolución del juicio de amparo ... si lo abrimos a actos de particulares, en realidad estaríamos cambiando la esencia de nuestro juicio de amparo, cambiando su razón de ser, su naturaleza jurídica en el momento en que lo cambiáramos a una posibilidad de establecer la procedencia de un juicio de amparo contra particulares.

³⁰ La posibilidad de que el Juicio de Amparo sea procedente contra actos de colegios profesionales.

³¹ Amparo en revisión 2219/2009, resuelto el 19 de abril de 2010.

³² El caso puede ser citado en apoyo de la aseveración que la Suprema Corte ha cambiado la forma de concebir la autoridad responsable para efectos del Juicio de Amparo. Dicha decisión constituye un parte-aguas y redirección del curso que debe tener este tema, particularmente a la luz de las corrientes del neo-constitucionalismo y aplicación horizontal de la Constitución.

³³ Amparo en Revisión 2219/2009, Versión Taquigráfica, Sesión en Pleno, 19 de abril de 2010, p. 31.

(énfasis añadido.)

Como puede verse, la concepción *contractual* del arbitraje ha echado raíz en la mente del tribunal mexicano más alto.

E. FACULTAD *EX AEQUO ET BONO*

La noción y contenido de la facultad contenida en el tercer párrafo del artículo 1445 del Código de Comercio ha sido objeto de debate. En este contexto, no lo replico.³⁴ Lo que deseo comentar son dos tesis recientes que tocan el tema—y equivocadamente.

ARBITRAJE COMERCIAL. ACUERDO O COMPROMISO ARBITRAL Y CARACTERÍSTICAS DEL LAUDO PRONUNCIADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL CUANDO SE ENCUENTRA EXPRESAMENTE FACULTADO PARA DECIDIR COMO "AMIGABLE COMPONEDOR" Y/O "EN CONCIENCIA" (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1416, FRACCIÓN I, 1423, 1435, 1436, 1437, 1445 Y 1448 DEL CÓDIGO DE COMERCIO). El compromiso arbitral o acuerdo de arbitraje (como se denomina en la regulación referida) consta en un acuerdo de voluntades previo al surgimiento del conflicto como "cláusula compromisoria", o puede revestir la forma de pacto independiente y acordarse coetáneamente al surgimiento del conflicto que puede ser objeto del arbitraje (artículos 1416, fracción I, 1423, 1435, 1436 y 1437). Así, el tribunal arbitral o el árbitro único, según sea el caso, decidirá el litigio conforme con las normas elegidas por las partes; salvo acuerdo en contrario, se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere al derecho sustantivo, y si las partes no acuerdan la norma que debe regir el fondo, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable. Asimismo, el árbitro o tribunal arbitral podrá decidir la contienda como "amigable componedor" y/o "en conciencia", pero sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello (artículo 1445, párrafo tercero), en el entendido de que resolver en "amigable composición" y/o "en conciencia" implica un procedimiento eminentemente contractual donde la solución a la controversia se presenta mediante una decisión más equitativa y justa que jurídica, o estrictamente apegada al derecho aplicable y que está fundada en la propia voluntad de las partes en disenso, lo que se presenta por una transmisión de la voluntad. Por ello jurídicamente resulta válido afirmar que esta forma

³⁴ El debate es visible en EL ÁRBITRO, *ob. cit.*, p. 91.

de solución de conflictos concluye con un acuerdo o convención que tiene los efectos de la transacción y por tales motivos no tiene que estar fundado ni motivado, razones por las cuales se le considera un mecanismo convencional de autocomposición a pesar de la intervención de terceros, pues la intervención del tribunal arbitral (único o por varios árbitros) materialmente significa una decisión propia y autoimpuesta por las partes, adoptada por su representante con facultades suficientes para comprometerlas contractualmente y donde su decisión les afecta como si fueran tomadas por propia voluntad y autosometimiento a la decisión de avenencia emitida, siendo precisamente esta característica, por otra parte, lo que implica "fallar en conciencia", es decir, la valoración de las pruebas, así como la argumentación, motivos y fundamentos de la sentencia no requieren constar por escrito sino que pueden ser obviadas y pasar de inmediato a la decisión, es decir, se pueden resolver de plano y sin ninguna explicación detallada (las cavilaciones y razonamientos quedan en la conciencia del árbitro y no pasan al documento del laudo) toda vez que se trata de una actividad cumplida por particulares en ejercicio de sus voluntades; de ahí que no caben las exigencias aplicables a los actos públicos de autoridad, que indefectiblemente deben estar fundados y motivados en congruencia con los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En todos los casos, el tribunal arbitral debe decidir con base en las estipulaciones del convenio y tener en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso (artículo 1445, último párrafo); y si no existe pacto en contrario, por regla general el laudo deberá dictarse por escrito, motivado y firmado por el o los árbitros, aunque tratándose de tribunales arbitrales con una composición compleja bastará la firma de la mayoría, siempre que se deje constancia de las firmas faltantes; constará la fecha y el lugar del arbitraje y el fallo se notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros (artículo 1448).³⁵

(Énfasis añadido)

La frase resaltada puede ser entendida de diversas maneras, incluyendo lo que automáticamente debe entenderse por la facultad para resolver *ex aequo et bono*. En otras tesis se dijo:

ARBITRAJE. SUBCLASIFICACIONES BAJO CRITERIOS DE VALORACIÓN. El arbitraje, además de ser voluntario, forzoso o intermedio, según la intervención y medida de la libre voluntad de las partes que se comprometen en árbitros, se subclasifica a su vez bajo criterios de valoración en: a) jurídico o de hecho, donde el árbitro se

³⁵ Registro No. 166511, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 426, Tesis: 1a. CLXXI/2009. Amparo en revisión 131/2009. 27 de mayo de 2009. Cinco votos.

rige por disposiciones legales que ha de interpretar y aplicar en los alcances precisos que su técnica o especialización le facultan; b) de equidad o amigable composición, aquel en que se habilita por las partes al árbitro para proponer soluciones de acercamiento entre intereses contrapuestos, propiciando fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa, es decir, que se rigen por las reglas de la caballerosidad y el honor que el compromiso supone, pero no por soluciones técnicas basadas en fórmulas de derecho o normas jurídicas; c) formal, cuando se aplican disposiciones conocidas como las del juicio de conocimiento ordinario y las demás solemnidades se guían por normas de derecho práctico, como la manera de emitir las sentencias o apreciar la prueba producida; d) no formal o ad hoc, si el procedimiento o el derecho aplicable a la solución se ajusta a las modalidades que las partes acuerdan; e) interno o doméstico, cuando se rige por árbitros o disposiciones locales; y, f) extranjero o internacional, si las normas en uso provienen de tratados o convenios internacionales.³⁶

(Énfasis añadido)

Tal parece que la facultad *ex aequo et bono* se concibió como la facultad que el árbitro actúe como mediador. Ello, que de sí toca otra polémica,³⁷ no es el *quid* de la facultad para decidir *ex aequo et bono*. Se trata de temas distintos.

Su alusión en esta tesis es, en mi opinión, un yerro—aunque no genera problema práctico alguno.

IV. ELEMENTOS ADICIONALES

Llevo algún tiempo meditando sobre la noción de arbitraje. Desde que leí una (generosa) reseña de mi libro *Arbitraje*,³⁸ donde con dos palabras y un signo de interrogación, encerradas dentro de paréntesis, con su habitual sutileza y

³⁶ Registro No. 166503, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, p. 433, Tesis: 1a. CLXVIII/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.

³⁷ Mientras que a algunos les parece que la promoción de una transacción por un árbitro incumple su misión (y objetivo para el cual fue contratado), otros consideran que deben hacer un intento de avenir a las partes.

³⁸ Ed. Porrúa, México, D.F., 2004.

agudeza, Jan Paulsson insinúa que es (era) necesario meditar sobre la definición. En sus palabras:³⁹

The very notion of arbitration is supple, and theoretical boundaries may evolve. The author, at p. 57, proposes his own articulation of the elements that (for now?) constitute arbitration.

(énfasis añadido.)

Dicha oración aguijoneó en mi el deseo de profundizar. Antes de comunicar mis conclusiones, mencionaré lo que había definido como arbitraje, que mereció dicha observación.

A. DEFINICIÓN INCIPIENTE

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).⁴⁰

La descripción anterior parecería ser clara, pero existen casos que se confunden con “arbitraje” y otros que están sujetos a discusión. Algunos de los procedimientos que con frecuencia se confunden con “arbitraje” son, por ejemplo, el “*arbitrato irrituale*” italiano, el “*Bindend Advies*” holandés, el “*Schiedsgutachten*” alemán y el “*valuation*” inglés. El que dichos procedimientos puedan calificar como “arbitraje” o no es dependiente del derecho del Estado en particular.

Algunos de los procedimientos que están sujetos a discusión por rayar en lo fino son, por ejemplo, la adaptación de contratos (“*adaptation of contracts*” o “*supplementation*”) que busca llenar vacíos intencionalmente dejados en los

³⁹ ARBITRATION INTERNATIONAL, Volume 23, No. 4, 2007, p. 741. Visible en www.gdca.com.mx/english/publications/reviews.htm

⁴⁰ ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, p.57.

contratos por las partes. Otros casos discutibles son los procedimientos de Expertos (“*Expertise*”⁴¹) o de Determinación de Hechos (“*Fact Finding*”⁴²). El motivo por el cual estos procedimientos generan duda—inclusive entre expertos—es que parecen ser un punto medio entre un procedimiento meramente contractual (puesto que involucran determinaciones fácticas— aunque sean técnicas—y no jurídicas) y un mecanismo de solución de controversias.

B. ELEMENTOS ADICIONALES

Deseo postular que cualquier ejercicio de definición de la noción ‘arbitraje’ debe contener dos ingredientes frecuentemente ignorados:

1. El proceso; y
2. El resultado.

1. Proceso

Debe aquilatarse el proceso. Esto es lo que lo distingue de nociones parecidas y que han generado polémica. Si el ejercicio que se sigue es uno que implica el intercambio de posturas (jurídicas o fácticas) sobre un punto, de tal forma que ambas partes tengan oportunidad de comunicar su diferencia de opinión sobre lo que se discute, y refutar la de su adversario con miras a lograr un fallo que determine a quién asiste la razón⁴³ de entre ambas posturas, entonces se está en presencia de un ‘proceso’⁴⁴ que puede merecer ser considerado ‘arbitral’.

⁴¹ Por ejemplo, el seguido por las reglas de *Expertise* de la CCI.

⁴² Por ejemplo, el seguido mediante el Mecanismos Complementario del CIADI.

⁴³ Y la razón no tiene que ser jurídica. Puede ser técnica (una determinación basada en una ciencia específica, como ingeniería, contabilidad, medicina, etc.) o fáctica (un hecho).

⁴⁴ De hecho, en su esencia, esta es la manera de concebir un ‘proceso’: un ejercicio que, si cumple ciertos requisitos, hace ‘legítimo’ quitarle un derecho a alguien. Dichos requisitos son que la parte sepa de qué se le acusa, que tenga acceso al argumento legal

Diferénciese esto de una figura que genera dudas: acudir a un tercero, con frecuencia experto en una materia, para que unilateralmente emita una opinión sobre un punto técnico.

Pero la realidad con frecuencia nubla estos extremos. En ocasiones se pide que el ‘Tercero’ escuche a las partes antes de emitir su opinión. En otras ocasiones se pacta que dicha opinión no será recurrible, o será obligatoria. Un ejemplo de una ‘mediación’ en la que participé echa luz sobre el tema. El contrato relevante contenía una cláusula que decía (*sic*):

En caso de disputa, las partes acudirán a un perito independiente para que resuelva su controversia. ... Su dictamen será final y obligatorio para ambas partes.

Como el lector puede imaginarse, surgió la duda sobre la naturaleza de la institución que estaba siendo activada. ¿Era arbitral o pericial? Y el proceso pagó las consecuencias.

2. Resultado

El resultado es clave. No me refiero a que resuelva la controversia. Ello está dado. Me refiero al efecto jurídico que la resolución tiene. Si las partes pactan que la decisión es obligatoria o—como frecuentemente se observa—‘vinculatoria’, y que no podrá ser recurrida (es ‘final’), se estará en el género próximo del ‘arbitraje’. En la medida en que esto no esté presente, la figura será diversa.

Este elemento es frecuentemente aludido de forma diversa, lo cual invita diferencias. Por ejemplo, si el documento origen de la facultad alude a que el

y probatorio de la otra parte, que el juzgador sea imparcial, y que tenga derecho a defenderse. Esto reviste diferente nomenclatura. En México lo llamamos ‘normas esenciales de procedimiento’, en Estados Unidos ‘due process’, en Reino Unido ‘principles of natural justice’, en Francia y Suiza ‘principe de contradiction’. Aunque el título cambia, su esencia es la misma.

Tercero ‘sugerirá’ o ‘determinará’ o ‘declarará’ o ‘decidirá’ u ‘ordenará’, las consecuencias serán diametralmente opuestas.

Un caso reciente e importante es ilustrativo. *ICM v. Registry* versó sobre la revisión por un ‘Panel Independiente de Revisión’ (“*Independent Review Panel*”) de la actuación de ICANN⁴⁵ con respecto al (polémico) tema de cómo manejar los sitios de Internet pornográficos.⁴⁶ Mucho puede decirse sobre este caso. Me ceñiré a lo relevante para el tema de este ensayo.

Siendo que la cláusula ‘arbitral’ tenía referencias equívocas, interpretables en diversos sentidos,⁴⁷ uno de los puntos a decidir versó sobre la naturaleza de las facultadas otorgadas al Panel Independiente de Revisión. Para determinar cuál era la naturaleza de sus determinaciones, el tribunal razonó que:

134. ... Todos estos elementos son indicativos de un procedimiento arbitral del que se desprende un laudo vinculante.

133. Pero existen otros indicios que abogan a favor de la postura contraria, y con más peso. La autoridad del IRP [Panel de Revisión Independiente] debía “declarar si una acción o falta de acción del Consejo era inconsistente con los Estatutos – “declarar”, no “decidir” ni “determinar”. La sección 3(8) de los Estatutos establece que el IRP debe tener la autoridad para “recomendar que el Consejo suspenda cualquier acción o decisión, o que el Consejo lleve a cabo una acción provisional, hasta el momento en que el Consejo revise y cumpla con la opinión del IRP”. El IRP no puede “ordenar” medidas provisionales, sólo puede “recomendarlas”, y esto hasta que el Consejo “revise” y “actúe en base a la opinión” del IRP. Un consejo al que se le encomiende revisar una opinión no se le encomienda implementar una decisión vinculante. Además, la Sección 3(15) establece que, “De ser posible, el Consejo deberá considerar la declaración del IRP en su

⁴⁵ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS, que es la entidad que regula y administra el Internet.

⁴⁶ En específico, la conveniencia de crear un *Domain Name System* (DNS) y *Top Level Domain* (TLD) con terminación ‘xxx’ o ‘sex’ a efecto de poder identificar los sitios con contenido para adultos.

⁴⁷ Por ejemplo, que el Panel estaba encomendado para ‘declarar’ si se actuó en forma consistente con los estatutos de ICANN; que existiría un proveedor de servicios de arbitraje (la AAA) y que el Panel ‘recomendaría’ pasos a seguir.

siguiente junta.” Esta disposición informal temporal no hace más que “considerar” la declaración del IRP, y al hacerlo en la siguiente junta de Consejo “de ser posible”, enfatiza que no es vinculante. Si la Declaración del IRP fuese vinculante, no habría nada que considerar, sino que existiría una determinación o decisión a implementar de manera oportuna. Los Procedimientos Suplementarios adoptados por IRP, en el artículo “Forma y Efecto de una Declaración IRP”, omiten significativamente la disposición del Artículo 27 del Reglamento [de arbitraje] ICDR que especifica que el laudo “debe ser final y vinculante para las partes”. (C-12.) Además, los trabajos preparatorios de las disposiciones del IRP resumidos en el párrafo 93 confirman que la intención de los redactores del proceso IRP era el de poner en su lugar un proceso que produjera declaraciones que no fuesen vinculantes y que dejaran la facultad de toma de decisión en las manos del Consejo.

(énfasis añadido.)

[134. ... All of these elements are suggestive of an arbitral process that produces a binding award.

133. But there are other indicia that cut the other way, and more deeply. The authority of the IRP is “to declare whether an action or inaction of the Board was inconsistent with the Articles of Incorporation or Bylaws” – to “declare”, not to “decide” or to “determine”. Section 3(8) of the Bylaws continues that the IRP shall have the authority to “recommend that the Board stay any action or decision, or that the Board take any interim action, until such time as the Board reviews and acts upon the opinion of the IRP”. The IRP cannot “order” interim measures but do no more than “recommend” them, and this until the Board “reviews” and “acts upon the opinion” of the IRP. A board charged with reviewing an opinion is not charged with implementing a binding decision. Moreover, Section 3(15) provides that, “Where feasible, the Board shall consider the IRP declaration at the Board’s next meeting.” This relaxed temporal proviso to do no more than “consider” the IRP declaration, and to do so at the next meeting of the Board “where feasible”, emphasizes that it is not binding. If the IRP’s Declaration were binding, there would be nothing to consider but rather a determination or decision to implement in a timely manner. The Supplementary Procedures adopted for IRP, in the article on “Form and Effect of an IRP Declaration”, significantly omit the provision of Article 27 of the ICDR Rules specifying that award “shall be final and binding on the parties”. (C-12.) Moreover, the preparatory work of the IRP provisions summarized above in paragraph 93 confirms that the intention of the drafters of the IRP process was to put in place a process that produced declarations that would not be binding and that left ultimate decision-making authority in the hands of the Board.]

Como puede observarse, el criterio medular para definir si se estaba en presencia de ‘arbitraje’ fue el efecto jurídico de la facultad que se estaba otorgando. Si la facultad era ‘decidir’, ‘determinar’ u ‘ordenar’ entonces el mecanismo era arbitral. Si la facultad se ceñía a ‘recomendar’ o ‘declarar’, se trataba de otra criatura.

Cualquiera que sea su *differentia specifica* con otras instituciones, el *genus proximum* del arbitraje tiene que incluir una decisión cuyo efecto jurídico sea *obligar* y dar *fuerza de cosa juzgada* a la decisión.

V. COMENTARIO FINAL

El arbitraje es una herramienta que *in crescendo* gana más espacios y adeptos. Es utilizado con creciente frecuencia por usuarios sofisticados que requieren de esquemas de solución de problemas que no son aptamente manejados por el mecanismo proveído por el Estado: el litigio.

Entender esto es de suma importancia para todo abogado sofisticado. Entre más se complica la realidad, más se requiere de instrumentos que permitan confeccionar formas de resolver problemas delicados en forma sofisticada y costo-eficiente. El arbitraje ha probado ser la herramienta ideal para dicha finalidad. El motivo es su *maleabilidad* y *calidad* de régimen. Ello explica que no solo controversias mercantiles, sino problemas sociales serios, sean resueltos utilizando este mecanismo.⁴⁸ Pero para que el objetivo se logre, su correcta concepción por la Judicatura es indispensable. Es ante dicho trasfondo que los desarrollos judiciales sobre la materia son dignos de aplaudirse.

⁴⁸ En ARBITRAJE Y LA JUDICATURA (*ob cit.*, p. 192) se hace un recuento. México está presenciando otro: la creación del CENTRO DE ARBITRAJE DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN. Se trata de una industria con necesidades peculiares para fomentar obras de infraestructura. Al confeccionar su régimen, se hizo un uso sofisticado de la herramienta arbitral.