

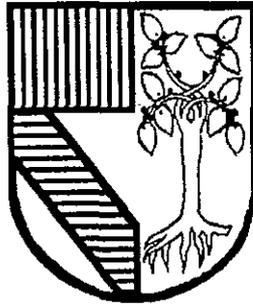
308909/15

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

Def.



CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE PRIVADO
Y EL ACUERDO DE ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

FRANCISCO ESCUTIA RODRIGUEZ

DIRECTOR DE TESIS:

DR. GONZALO URIBARRI CARPINTERO

CIUDAD DE MEXICO

1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2602316



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mi esposa con todo mi amor y cariño. Para tí, Ana.

A mi Madre y Padre, por todo y en especial, por que me han apoyado en todas mi necesidades.

A Fernando para que tenga una tesis y a Julián por si no hace una. Con todo mi cariño.

Al Andrex, el Calabazo y el Gayo, MIS AMIGOS.

A mis tios Jorge y Florinda quienes me cuidaron en mis primeros años de la carrera.

A mi abuela Fina, con todo mi cariño.

A Juan, Lupita y Fernanda, por su amistad y gran aportación a mi empresa familiar.

Al Ing. Jorge Leautaud Zamanillo, quien ha sido como un pater en mi exilio de nuestra patria.

A Jorge Peláez Bolaños, por su amistad, por compartirme su experiencia y por su paciencia y tiempo dedicado en mi instrucción como abogado.

Con especial admiración y respeto al Ing. Jesús Yurén Guerrero y al Lic. Gonzalo García Velasco.

A Yeims, Carlita, Inex, Olga, Oscar y Orejas, por su amistad y hacer más amena mi estancia durante la carrera en la U.P.

Al Lic. Jaime del Arenal, por sus extraordinarias cátedras de Teoría del Estado, Ciencia Política, Historia del Derecho Medieval y Moderno e Historia del Derecho Patrio. Mis respetos.

A los Doctores Roberto Ibáñez Mariel y Gonzalo Uribarri Carpintero, por su gran apoyo para que me titulara y en la dirección de este trabajo.

Muchas Gracias a todos.

"Una de las más sugestivas enseñanzas que han brotado de vuestros autorizados labios y que más eco ha encontrado entre nosotros, es la relativa á la costumbre, á los hechos reales de la vida y su influencia jurídica, á la observación que todos ellos merecen como engendrados de situaciones de derecho que deben respetarse y regularizarse; sí, es preciso acabar para siempre con la falsa idea de la omnipotencia legislativa, sí, las costumbres son un factor más determinante de la vida social que la ley misma, como que constituyen su gestión y su causa. La ley puede hacer mucho por el bien social y cuando es mala verifica un mal que llega a ser infinito; pero no es ni con mucho la omnipotente directora de la conducta humana..."

Rodolfo Reyes (glosa a Altamira).

* Rodolfo Reyes: "Discurso de recepción pronunciado por el Académico de número Lic..." *En honor del Dr. Rafael Altamira*, México, Academia Central Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, 1910, p.10; Citado por Jaime del Arenal Fenochio en Rafaél Altamira y Crevea. La Formación del Jurista. Escuela Libre de Derecho. México. 1993. páginas 23 y 24.

INDICE

	PAGINA
INTRODUCCION	1
CAPITULO I EL DERECHO COMERCIAL, LA JUSTICIA Y EL MERCADO MEXICANOS.	4
CAPITULO II EL ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL.	16
2.1. Antecedentes históricos del Arbitraje en México.	16
2.2. El Arbitraje en el Derecho Arbitral nacional.	23
2.3. Concepto de Arbitraje Comercial Nacional.	61
2.4. Fines del Arbitraje en general.	64
2.5. Tipos de Arbitraje en general.	66
2.6. Elementos del arbitraje en general.	73
CAPITULO III FIGURAS AFINES AL ARBITRAJE EN GENERAL.	76
3.1. Conciliación.	81
3.2. Mediación.	82
3.3. Transacción.	83
CAPITULO IV DEL ACUERDO DE ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL.	87
4.1. Aspectos generales.	87
4.2. Naturaleza jurídica y terminología.	90
4.3. Conceptos.	92
4.4. Presupuestos	93
4.5. Clasificación.	95
4.6. Tipos.	99
4.7. Aspectos generales de la Inexistencia y Nulidad.	108
4.8. Inexistencia.	110
4.9. Nulidad.	113

CAPITULO V	
FORMA Y CONTENIDO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE COMERCIAL.	123
5.1. Forma.	123
5.2. Contenido.	126
5.3. Modelos de Cláusulas.	128
5.4. Comentarios.	132
5.5. Acuerdo de Arbitraje Comercial.	134
CONCLUSIONES.	137
BIBLIOGRAFIA.	139

INTRODUCCION

"Se puede decir expresivamente del Arbitraje que si la puerta es el procedimiento y la llave el laudo o sentencia arbitral, el convenio -acuerdo- arbitral conforma el edificio del sistema... Es la base de todo Arbitraje."¹ Con base en esta premisa es importante recalcar que un acuerdo arbitral deficiente incrementa el riesgo de fracaso del Arbitraje como medio de solución de controversias.

En virtud de lo anterior, el presente trabajo pretende, en sus primeros dos capítulos, precisar una idea actual general respecto del mercado o comercio, su marco regulatorio, así como los antecedentes históricos y aspectos generales que explican el edificio que descansa sobre el acuerdo de arbitraje comercial.

¹ ROCA Aymar, José Luis.

"El Arbitraje en la Contratación Comercial"
Editorial ESIC. Madrid. 1994. página 83.

Los siguientes capítulos se refieren a la distinción del Arbitraje comercial respecto de figuras afines que, aunque jurídicamente son diametralmente opuestas, de hecho aparecen como afines al mismo y respecto de los términos a considerar para la celebración de un acuerdo arbitral comercial y así, las expectativas de éxito al pactar y llevar a cabo un proceso arbitral comercial bajo la legislación vigente para la solución de controversias jurídicas.

El Acuerdo de Arbitraje Comercial, como el origen del arbitraje como solución de controversias jurídicas de carácter comercial, es estudiado por el aún nonato pero ya concebido Derecho Arbitral Comercial Mexicano.

"La controversia jurídica es un conflicto de intereses, pero no cualquier conflicto de intereses... La controversia jurídica (litigio) es un conflicto de intereses cuya tutela jurídica pretende cada una de las partes, un conflicto de intereses cualificado por la contienda acerca de esa tutela... En los simples conflictos de intereses las partes no pretenden la tutela jurídica, ni discuten acerca de dicha tutela. Los conflictos de intereses simples reciben... el nombre de

controversias económicas... El litigio es objeto de la tutela jurídica, y el ordenamiento jurídico establece una serie de medios (proceso, Arbitraje, etc.) para darle solución."²

El litigio, como objeto del Arbitraje comercial y como materia de interés de muchos juristas en la actualidad presenta ciertas cualidades potenciales mismas que en este trabajo se exponen y que su vez, no podrán actualizarse sin el previo análisis de su base - el acuerdo de arbitraje comercial - y de sus consecuencias legales.

² DIEZ Picazo, Luis.

El Arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos

Madrid, España. Bosch. 1957. Páginas 69 a 71.

CAPITULO I
EL DERECHO COMERCIAL, LA JUSTICIA Y
EL MERCADO MEXICANOS

El Derecho Mexicano y en especial el Derecho en materia mercantil o comercial ha evolucionado como así lo ha hecho la sociedad mexicana y en especial, el comercio en México.

El comercio tiene su punto de partida en la empresa, ya sea personal o bien mediante la creación de entidades jurídicas como lo son actualmente las Sociedades Mercantiles. El factor común es la dedicación o la continua realización de actos tendientes a especular o bien, proveer de productos o servicios de manera profesional con el fin de lucro. Ese fin de lucro se deberá entender como el beneficio económico tanto para la empresa, como para todo lo que ella implica (v.gr. empleados, tecnología, etc.), incluyendo el bienestar del empresario.

Es así que con el paso de los años, el desarrollo de nuevas tecnologías, la apertura comercial de los países y la disminución de barreras al comercio, éste se ha vuelto cada vez más ágil y cada vez más complejo. El ámbito en donde se desarrolla el comercio engloba distintos tipos de relaciones

las cuales buscan su armonía para lograr el éxito de sus fines. Estas relaciones son, principalmente, las que entablan *vis a vis* comerciantes - consumidores, comerciantes - comerciantes y gobernantes - gobernados. La complejidad del comercio y en esas relaciones vendría, y seguirá viniendo, si el comercio se sigue analizando y regulando con la visión de topo de nuestros pasados (ojalá no actual ni próximos) gobernantes que aparecen miopes ante la realidad de los habitantes de este país. Es decir, la relación entre gobernantes y gobernados no es sana, la administración pública y la impartición de justicia es deficiente, las leyes vigentes están siendo superadas por la realidad que día con día crea las relaciones entre comerciantes.

Si bien es cierto que hay cosas malas y cosas buenas en todo, no deja de incomodar la manera de gobernar de aquellos que persiguen el poder político. Al parecer existen sub-mundos que concertan o tratan de concertar su coexistencia en este país. Ese trato, lamentablemente, suele darse mediante mecanismos poco benéficos para lograr un orden social, un equilibrio; entre los que más destacan estarían: la violencia, la corrupción, la simulación y no tanto en segundo término, la discrecionalidad de las facultades de las autoridades

gubernamentales. Por un lado los comerciantes buscan el éxito de sus empresas; los profesionistas, el éxito dentro de las mismas o en sus despachos; y los gobernantes, el éxito económico en sus cargos y al parecer, deciden aplicar la ley "hasta sus últimas consecuencias" buscan parar a todos los demás para que no se haga nada que no esté regulado o gravado. Quizá bien regulado -lo regulado- pero mal aplicada la regulación. El medio en el que se desenvuelven éstos sub-mundos se jacta de ser un Estado de Derecho.

Respecto al Estado de Derecho o Estado con Derecho, el Maestro Carlos Sánchez-Mejorada y Velasco apunta que "En efecto, en todos los países - estados, si se quiere- y en todos los tiempos ha habido un conjunto de disposiciones de aplicación general y de observancia obligatoria... que se conocen como leyes..."³. Pero es la correcta aplicación de las leyes y la coimpartición de justicia, partiendo de la base de que sean acordes a las necesidades de los gobernados, que sean justas las leyes *per se*, es lo que hace que un país sea un Estado de Derecho; no la simple promulgación y vigencia formal

³ SANCHEZ-MEJORADA Velasco, Carlos.

El Estado de Derecho. México.

Instituto de Proposiciones Estratégicas, A.C. 1996. página 18.

de las leyes que, como indica el Dr. Gonzalo Uribarri, sería un "Estado de Legalidad".

Lo relevante es que se imparta justicia en el Estado. Desde hace tiempo la Justicia se define como: "... una voluntad firme y perpetua de dar a cada quien lo que le pertenece.... dar a cada uno lo que es suyo..."⁴. La impartición de justicia es el requisito *sine qua non* del Estado de Derecho. La justicia se imparte y en cuanto se imparte existe, y no viceversa. El Estado de Derecho no es si no hay justicia, es decir, si no se imparte la misma. Sólo así se origina un orden en la sociedad, un orden interno y no concertado entre esos sub-mundos, como se refirió con anterioridad⁵. La existencia de leyes no supone la de la justicia, no su impartición y menos la de un Estado de Derecho. El fin del Estado de Derecho, de sus gobernantes y gobernados, y del Derecho, es lograr que a cada quien se le dé

⁴ Concepto de Ulpiano, citado por SIQUEIROS, José Luis. "Don Quijote y la Justicia". Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M. México. Tomo XXXV, Números 142-143-144. Julio-Diciembre, 1985. Página 667.

⁵ Sobre este particular, Carlos Sánchez-Mejorada y Velasco a su vez cita las palabras de José Ortega y Gasset: "el orden no es una presión que desde fuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscita en su interior". SANCHEZ-MEJORADA Velasco, Carlos, op. cit., nota 3, Página 31.

lo suyo, que se imparta justicia y así, que exista un equilibrio en la sociedad: paz.⁶

Siendo la materia de derecho de este trabajo la que se refiere al comercio y a la lucha por el avance del derecho comercial, es importante tener presente lo anterior e independientemente de que los frutos que pueda rendir o no éste, se debe tener presente además, en palabras de R. Von Ihering que: "El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble, por que encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca... Más es el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La idea del derecho encierra una antítesis que hace de esta idea, de la que

⁶ Sobre este punto en particular y respecto a la impartición de justicia que lleva a cabo el Estado, el maestro Cipriano Gómez-Lara (Teoría General del Proceso. 8a. edición. México. HARLA. 1991. Página 33.) nos dice que "La finalidad ideal que debe perseguir todo proceso jurisdiccional es la de solucionar controversias para lograr el equilibrio, la paz y la tranquilidad sociales."

es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo.”⁷

La idea del derecho comercial es difusa y cada vez se desmembra en materias especializadas; el comercio está encontrando muchos caminos para lograr lo que se proponen los que lo ejercen: el lucro y los fines secundarios que en algunos casos se logran con el mismo - como el bienestar de los que los rodean a los comerciantes-. El avance o evolución del derecho comercial mexicano se relaciona mucho con la evolución del ejercicio del comercio en México. El derecho siempre como herramienta para lograr ese orden o paz, debe seguir los pasos del mercado, la normatividad de la normalidad, por que así sucede en una materia tan galopante como el comercio.

No es posible evaluar el grado de avance del derecho mercantil en cualquiera de sus estudios sin identificar su misión.

⁷ VON IHERING, R.

La Lucha por el Derecho

Versión española de Adolfo Posada y Biesca. 1a. edición.

Madrid. Librería de Victoriano Suárez. 1881. México. PORRUA. 1989. Páginas 1 y 2.

Norbert Reich⁸, entre otros investigadores de las relaciones del derecho y la economía, describe la misión del derecho como un organizador y corrector del mercado. Estas no son funciones independientes, ya que cuando el derecho mercantil corrige distorsiones también ayuda a un mercado más eficiente o menos costoso y viceversa.

El funcionamiento eficaz del mercado requiere de normas que sancionen la forma de contratación o negociación convalidando la conducta mercantil en cuestión, sea ésta un acto unilateral, un contrato, uso o costumbre. Estas normas no tienen que ser promulgadas por una autoridad gubernamental. Con frecuencia provienen del comportamiento de los comerciantes que, con cada cumplimiento de las obligaciones generadas por cada uno de sus actos o contratos, rectifican la obligatoriedad de sus normas de conducta. Cabe apuntar que estas normas varían con el tipo de mercado. Por ejemplo, una conducta aceptable en un mercado abierto puede no serlo en un mercado cerrado o exclusivo para determinados comerciantes. Además, las formalidades frecuentemente se contraponen dependiendo de un

⁸ Citado por KOZOLCHYK, Boris, en El Derecho comercial ante el Libre Comercio y el desarrollo económico. México. McGraw-Hill. 1996.

sin número de factores tales como si la contratación es individual y privada o pública en forma de subasta.

El funcionamiento eficaz del mercado también requiere de normas para la resolución de disputas que actúen como correctoras de abusos y distorsiones.

A veces la norma de validez, oficial o privada, crea obstáculos e injusticias por no contemplar el tipo de conducta en disputa. A veces, los impedimentos a la contratación y las injusticias provienen del abuso de poder de contratación por una de las partes contratantes, por un grupo de comerciantes o por todo un sector del comercio. En estos casos, la misión del derecho mercantil, actuando por sí mismo o en conjugación de otras ramas de derecho público, es corregir la injusticia o eliminar el obstáculo a la libre contratación.

No hay que perder de vista que el derecho mercantil regula los actos jurídicos o con consecuencias jurídicas que se presentan en las actividades comerciales. El interés de los comerciantes es el obtener un lucro o ganancia, sin adentrarnos en las teorías de la empresa en relación a sus fines, la

interacción comercial de dos comerciantes se pretenden beneficios mutuos traducidos en el lucro de ambas partes. La concurrencia de comerciantes, ya sea como consumidores o vendedores, de bienes o servicios conformará un mercado el cual, deberá regirse por ciertos lineamientos de negociación y en su caso, de resolución de controversias en las mismas negociaciones, para el logro del beneficio del mercado.

“Es necesario identificar con la ayuda de la perspectiva histórica, el tipo de mercado que el derecho mercantil intenta habilitar y corregir. Concluida esa labor será posible aislar principios rectores importantes y evaluar la efectividad de las reglas destinadas a implementar estos principios. Es importante destacar que, dada la naturaleza instrumental del derecho en general y del derecho mercantil es especial, el grado de avance del derecho mercantil, en cualquier época, es de naturaleza relativa y cíclica. Por lo tanto, la evaluación de su avance presupone que la misión y efectividad del derecho mercantil dependen del tipo de mercado en que este Derecho sirve, y que el tipo de mercado depende, a su vez, de la efectividad de

principios rectores que son en gran medida, privativos del mercado en cuestión".⁹

Ese tipo de mercado a que se refiere Kozolchyk es, en la materia de este trabajo, el mercado mexicano. Respecto a México, siendo un país de tradición jurídica romana, formalista y conceptualizadora, existen una serie de sin razones que truncan el proceso de evolución del mismo. La apertura comercial, la necesidad de aceptar modos de comercio internacionales, el comercio electrónico y se podría incluir, la impersonalidad de mundo actual (e individualismo), choca con esa tradición o costumbre en México.

Con base en lo anterior, existe un Derecho mercantil y es difícil definirlo, cambie o no; el maestro Roberto Mantilla Molina¹⁰ nos dice que "No podría definirse en la actualidad el derecho mercantil con escueta alusión al comercio, pues hay

⁹ Cfr. KOZOLCHYK, Boris.

El Derecho comercial ante el Libre Comercio y el desarrollo económico
México, McGraw-Hill. 1996.

¹⁰ MANTILLA MOLINA, Roberto L.

Derecho Mercantil. 29a. edición. México. PORRUA. 1993.
Página 23.

relaciones reguladas por él que no quedan incluidas en la extensión del concepto económico ni en la del concepto vulgar de comercio...". Sin embargo la proposición del maestro Mantilla lo que sería una descripción del Derecho Mercantil dice: "DERECHO MERCANTIL es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos".¹¹

Dichas normas jurídicas a las que se refiere el maestro Mantilla, son las que darán en principio, el marco jurídico y la base de los estudios doctrinales que regulan el arbitraje mexicano y lo que se espera que en futuro, conformen el Derecho Arbitral Mexicano.

Se tiene en principio tres elementos tomados en consideración, a) un comercio que evoluciona a pasos agigantados y que se diversifica en un sinnúmero de prácticas, b) un derecho mercantil que cada vez aparece más inconsistente con la realidad a la que regula, y c) una impartición de justicia estatal deficiente. Por otro lado, existe una

¹¹ ídem, Página 23.

creciente necesidad por parte de los gobernados a suplir esas deficiencias e inconsistencias, misma que podría ser canalizada a través del desarrollo, estudio y práctica de un Derecho Arbitral Mexicano; a través de la promoción para la aceptación general del Arbitraje comercial nacional como el medio *ad hoc* de resolución de controversias mercantiles.

En los siguientes capítulos se analizará lo que las normas jurídicas formales, es decir la legislación emanada del Congreso de la Unión, la doctrina y la jurisprudencia, disponen sobre el tema del Arbitraje y el Arbitraje comercial en México.

Es importante anotar que el Arbitraje como tal, es un concepto general que según el tipo y la materia de que se trate (como se apuntará más adelante), tendrá los distintos adjetivos como pudieran ser el de "comercial nacional", objeto de este trabajo. Así es como, debido a la generalidad del tema de Arbitraje, se analiza en este trabajo tanto el Arbitraje en general como lo referente al Arbitraje comercial nacional para lograr así, en los primeros capítulos, una visión general del lo que es el Arbitraje comercial nacional y seguir con capítulos finales en relación al acuerdo de Arbitraje comercial nacional.

CAPITULO II

EL ARBITRAJE PRIVADO COMERCIAL NACIONAL

2.1. Antecedentes históricos del Arbitraje en México.

La palabra Arbitraje proviene del latín *arbitrari* cuyo significado es juzgar, decidir o enjuiciar una diferencia¹². El origen del Arbitraje se podría decir que es un poco indeterminado. "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"¹³.

Por lo que respecta a México, los principios del Derecho Romano se transplantaron al Sacro Imperio Romano Germánico y de ahí pasaron a España. Dentro de los antiguos principios jurídicos españoles, las legislaturas latinoamericanas,

¹² CONTRERAS Vaca, Francisco José.

Derecho Internacional Privado. Parte General.

2a. edición. México. Harla. 1996.

Página 226.

¹³ Citado por SIQUEIROS, José Luis en El Arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada. México. Escuela Libre de Derecho/Porrúa. 1992. Página 7.

incluyendo las mexicanas, incorporaron dentro de su derecho vigente el concepto de la solución pacífica de las controversias por medio de árbitros terceros; así, el uso del Arbitraje para resolver los diferendos comerciales fueron gradualmente adquiriendo carta de naturaleza en los códigos de comercio y en los ordenamientos de procedimiento civil de todas las naciones latinoamericanas.¹⁴

En el mismo sentido, el maestro Ignacio Medina Lima se remite al siglo XIII, a las disposiciones de las Siete Partidas del Rey Alfonso X¹⁵ de la ahora España para asentar que en

¹⁴ SIQUEIROS, José Luis.

El Arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada. México. Escuela Libre de Derecho/Porrúa. 1992. Página 8.

¹⁵ Partida III, Título IV, Ley XXIII: "Árbitros en latín tanto quiere decir como jueces avenidores que son escogidos et puestos de las partes para librar la contienda que es entre ellos et estos son en dos maneras: la una es quando los homee ponen sus pleytos et sus contiendas en mano dellos que los oyan et los libren segunt derecho; entonces decimos que tales avenidores como estos desque rescibieren et otorgaren de librarlos así, que deben andar adelante por el pleyto también como si fuesen jueces ordinarios faciéndolos comenzar ante sí por demanda et por respuesta, et oyendo et rescibiendo las pruebas et las defensiones et las razones que ponen cada una de las partes; et sobre todo deben dar un juicio afinado segunt entendieren que lo deben face de derecho. La otra manera de jueces de aveniencia es á la que llaman en latín arbitradores que quiere tanto decir como alvedriadores et comunes amigos, que son escogidos por placer de amas las partes para avenir et librar las contiendas que hobieren entre si en

ellas, se encuentran las bases y las características de los procesos arbitrales y de amigables compondores que más adelante fueron reglamentados en los ordenamientos españoles de los siglos subsiguientes hasta llegar a las leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y 1881, que sirvieron de modelo a los autores de los códigos de procedimientos civiles mexicanos para el Distrito y Territorios Federales de 1872, 1884 y 1932.¹⁶

En pequeño pero valioso estudio del jurista Héctor Molina González¹⁷, por lo que respecta al siglo pasado (XIX), "De 1841 a 1857, centralismo y federalismo producen sucesivas

qualquier manera que ellos tovieran por bien... et maguer non ficiesen ante si comenzar los pleytos por demanda et por respuesta et non catasen aquellas cosas que los otros jueces son tenudos de guardar, con todo aquellas valdrie el juicio o la aveniencia que ellos ficieren...". Citado por MEDINA LIMA, Ignacio. "El Arbitraje Privado en nuestro Derecho". Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M. México. Tomo XXXVIII, Números 157-158-159. Enero - Junio, 1988. Páginas 159 y 160.

¹⁶ MEDINA LIMA, Ignacio.

"El Arbitraje Privado en nuestro Derecho".

Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M. México. Tomo XXXVIII, Números 157-158-159. Enero - Junio, 1988. Página 160.

¹⁷ MOLINA GONZÁLEZ, Héctor.

"Breve reseña histórica del Arbitraje".

Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M. México. Tomo XXXVIII, Números 157-158-159. Enero - Junio, 1988. Páginas 223 a 225.

modificaciones orgánicas que trascienden a la competencia de los poderes públicos. El 17 de enero de 1853 surgen jueces menores para contenciones hasta por cien pesos: el 4 de febrero de 1854 se establecen escribanías en las cabeceras de las provincias y el 30 de mayo de 1855 se promulga el decreto sobre la administración de justicia, al que vino a añadirse la Ley de 16 de diciembre del mismo año de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común.

Poco hay que consignar entre 1857 y 1867, (...) cabe decir que a partir del decreto de 30 de abril de 1860 se inicia la etapa de las codificaciones con la llamadas Leyes de Reforma. El 30 de noviembre de 1861 se expide la primera Ley de Amparo, reformada por la de 20 de enero de 1869.

Por fin, el 13 de agosto de 1872 se expide el Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, cuya ley transitoria tiene la mayor importancia, por que en su artículo 18 dispuso que se derogaran las leyes de procedimientos civiles que se hubieren promulgado hasta esa fecha. Con lo anterior, dejó de aplicarse supletoriamente la vieja legislación y hasta se abrieron nuevos caminos para el derecho mexicano, como la modificación

constitucional de 24 de septiembre de 1873, trascendente en lo procesal por establecer que la simple promesa de decir verdad y de cumplir con las obligaciones, sustituía al juramento religioso con todos sus efectos y penas. Al primer código formal siguieron los promulgados el 15 de septiembre de 1880, el de mayo de 1884 y el de 29 de agosto de 1932.

La codificación civil se inicia con la ley de 13 de abril de 1870, sigue con el código de 31 de marzo de 1884, la Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917 y el actual código de 30 de agosto de 1928.

Para complementar la referencia histórica, debe añadirse que el 30 de diciembre de 1932 se promulgó la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito Federal y Territorios...; el 30 de diciembre de 1935 la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, también alterada por sucesivas transformaciones que ha sufrido la estructura y competencia de estos tribunales; el 31 de diciembre de 1945 se expide la Ley del Notariado del Distrito tras haberse promulgado el Reglamento del Registro Público de la Propiedad y del Comercio el 21 de junio de 1940.

La cronología legislativa combinada con la doctrina, permite comprobar que la libertad de pactar, como una forma de descargar al poder judicial de su tarea de resolver problemas jurídicos individuales, guió desde el primer momento al legislador, para quien el pacto no sólo era válido sino merecedor de garantías. En la reglamentación del Arbitraje llevada a cabo por el código procesal civil de 1870, se advierte ese respeto al principio de libertad e innovación. Los negocios civiles, con raras excepciones, eran susceptibles de Arbitraje.

Los posteriores cuerpos legales y la jurisprudencia de ellos derivada, tuvieron un profundo sentido privatista que llegó a calificar al compromiso de acto solemne y de elemento lógico de la sentencia en la labor del árbitro al formular su laudo. Con todo, jurisprudencia y doctrina han iniciado un viraje a partir del código de 1932 (...).

Pero las transformaciones legales no han alcanzado el punto de evolución suficiente para impulsar la jurisprudencia en forma definitiva, pues las tesis relacionadas con los árbitros forzosos encuentran su contrapartida en el Arbitraje estrictamente voluntario, donde se ha llegado a sostener que la

ausencia del *exequatur* impide se causen perjuicios al litigante, tesis con la que se desvirtúa la técnica de los recursos, pues se establece que sólo impugnando el decreto de cumplimiento puede el agraviado acudir al amparo alegando, tanto violaciones al compromiso como al procedimiento o ataques a las disposiciones de orden público cometidos en el laudo."

Sin embargo, la institución arbitral no ha permanecido insensible a los cambios sociales y económicos; como en otras naciones, en México, puede encontrarse antecedentes recientes para lograr una regulación consistente del Arbitraje comercial con las prácticas de comercio en México. Así es como se logró el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio por primera vez el 4 de enero de 1989 y su posterior derogación¹⁸ por el ahora vigente Título Cuarto publicado en el Diario

¹⁸ El maestro Claus von Wobeser ("La Situación Legislativa y Jurisprudencial del Arbitraje en México". *Arg Iuris*. Universidad Panamericana. México. Número 11. 1994. Páginas 266 a 267.) nos dice sobre este particular que: Dicho título comprende de los artículos 1415 y 1457, y tomaba el lugar de los artículos derogados del antiguo Título Cuarto relativo al Procedimiento Especial de Quiebras.

La intención de la Reforma de 1989 fue recoger los principios básicos de la Ley Modelo de Uncitral (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho comercial Internacional) y de introducir los mismos en un capítulo compacto de arbitraje comercial.

Oficial de la Federación el 22 de julio de 1993. Esta última reforma es una casi copia al carbón de la Ley Modelo (o modelo de ley) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI" o por su siglas en idioma inglés: "UNCITRAL").

2.2. El Arbitraje en el Derecho Arbitral nacional.

El Derecho Arbitral nacional viene a formarse por un conjunto de normas previstas en distintas materias del Derecho mexicano (creado o no en México) como podrían ser los tratados internacionales de los cuales este país forma parte, las distintas leyes en materia Mercantil y Civil, tanto federales como locales.

Así mismo, tenemos que la fuente más abundante, sino formal, es la doctrina entre la que se hacen un sin número de observaciones y opiniones sobre el Arbitraje.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, ésta es escasa principalmente debido a la poca aceptación del Arbitraje y en especial, el Arbitraje privado a que se aboca este trabajo. Sin

embargo, hay que anotar lo poco que existe y parte de esto se expone más adelante.

2.2.1. Doctrina.

García Maynez conceptualiza como doctrina, los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con una finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación. No tiene fuerza obligatoria¹⁹. Sin embargo, si no es fuente formal del derecho en México, la doctrina crítica es fuente de opiniones generalizadas cuando se está en presencia de hechos no regulados por alguna ley o sobre la aplicabilidad de una ya existente a casos concretos.

En ese sentido, se hacen diario ante los tribunales o juzgados competentes, extensos estudios e interpretaciones que si de por sí no son fuente formal del derecho en México, sí dan

¹⁹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.

Introducción al estudio del Derecho.

42a. edición. México. PORRUA. 1991. Página 76.

bases para que se emitan tesis y luego jurisprudencias las cuales son fuente del derecho en México, en el sentido que se especificará más adelante.

Cabe citar que, debido al rezago o atraso conceptual de ciertas provisiones en algunas leyes en México, se presentan sucesos tales como devaluaciones -muy comunes- que originan juicios en cantidades considerables, especialmente para el cobro de adeudos o para hacer efectivas garantías, en el caso citado. Los juristas entonces, ante la necesidad de sus clientes -acreedores o deudores- y mediante el estudio profundo de las leyes aplicables a los casos específicos, emiten sus opiniones en defensa de sus clientes. Resulta luego que se hace patente, ante los ojos de todos, que existe un rezago en la legislación o atraso conceptual, puesto que ésta es injusta o no conveniente para los casos que supone haber estado regulando. Entonces se produce una iniciativa de reformas legislativas. Los juristas hacen notar la realidad y la normatividad aplicable a ella. Se produce el efecto, en el caso citado, de una necesaria reforma legislativa con el objeto de regular mediante normas la realidad planteada y argumentada por los juristas; de actualizar la norma en sus conceptos generales.

Respecto al Arbitraje en particular, no tiene asentimiento unánime de los procesalistas. Acerca del carácter de esta institución y de su conveniencia práctica, los tratadistas exponen las más contrarias opiniones.²⁰ Siguiendo la misma idea y respecto al concepto o definición de Arbitraje, a continuación se expresan la opinión de varios juristas.

El maestro José Luis Siqueiros define al Arbitraje como un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas -árbitro o árbitros- los cuales derivan sus poderes de acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia²¹.

El maestro Francisco Contreras Vaca apunta que el Arbitraje, "Lo podemos definir como un instrumento de

²⁰ DE PINA, Rafael.

Diccionario de Derecho

5a. edición. México. PORRUA. 1976. Página 84.

²¹ SIQUEIROS, José Luis, op. cit., nota 14, Página 7.

impartición de justicia, acordado por las partes, por regla general, alternativo al proceso judicial, en donde un particular que es investido con facultades jurisdiccionales, resuelve vinculativamente para los contendientes la controversia, con la colaboración de la autoridad judicial para la realización de actos coactivos y de otros señalados en el acuerdo arbitral o en la ley.²²

Puede definirse también como un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resuelva²³.

²² CONTRERAS VACA, Francisco José, op. cit. nota 12, Páginas 226 y 227.

Del latín *arbitratus*, de *arbitror*: arbitraje. FLORES García, Fernando Diccionario Jurídico Mexicano. 5a. edición. Tomo A-CH. México. Porrúa/U.N.A.M. 1992. página 198.

²³ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Alternativas diferentes al Proceso Judicial para la Solución de Controversias . Ars Iuris. Universidad Panamericana. México. Número 11. 1994. Página 51.

Carnelutti²⁴ calificó al Arbitraje de equivalente jurisdiccional, por que a través de éste se obtiene la misma finalidad que mediante el proceso jurisdiccional. En el Arbitraje, las partes por un acuerdo de voluntad someten sus diferencias a la resolución de un juez eventual, privado y no profesional al que llamamos árbitro.

En un análisis breve del maestro Gómez Lara en la obra citada nos dice que "podemos afirmar que el Arbitraje sí es un genuino equivalente jurisdiccional, y además, es o constituye un verdadero proceso llevado ante jueces privados, no profesionales ni estatales."²⁵

Humberto Briseño Sierra²⁶ expresa que "el Arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por

²⁴ Citado por GÓMEZ LARA, Cipriano.

Derecho Procesal Civil

5a. edición. México. Editorial HARLA. 1991. Página 305.

²⁵ GÓMEZ LARA, Cipriano.

Teoría General de Proceso

8a. edición. México. Editorial HARLA. 1991. Páginas 16 y 17.

²⁶ BRISEÑO SIERRA, Humberto.

El Arbitraje comercial

México. Editorial LIMUSA. 1988. Página 12.

particulares... Estructuralmente el Arbitraje es una relación jurídica triangular en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa, y llamado por la mismas partes para componer las diferencias que los separan."

De Pina lo define como la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros para resolver el conflicto de intereses que les ha sido sometido por los interesados.²⁷

El Dr. Gonzalo Uribarri nos expone que el arbitraje "se trata más que una simple forma de resolución..., es un sistema de impartición de justicia planeado y deseado por acuerdo de la voluntad de la partes y sancionado, en algunos casos, por el Estado".²⁸

²⁷ El ejercicio de la función jurisdiccional corresponde, en general, a órganos específicos constituidos para este efecto por el Estado; pero esto no es obstáculo para que, en determinadas condiciones el propio Estado conceda a las partes la facultad de constituir para el ejercicio de la jurisdicción, limitando su autoridad a la resolución de un caso concreto. DE PINA, Rafael. op.cit., (voz: arbitraje) Página 84.

²⁸ URIBARRI Carpintero, Gonzalo.

Guillermo Cabanellas, jurista extranjero pero cuyas obras son accesibles en México, al respecto, opina que el Arbitraje es "Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o en un asunto."²⁹

Bernstein y Wood, un poco menos general y más explicativo, quizá ayuden a entender algunos de los párrafos aquí anotados al indicar que su definición de Arbitraje como sigue: "Es cuando dos o más personas acuerdan que un controversia o potencial controversia entre ellas será decidida en una forma legalmente vinculativa por una o más personas imparciales de una manera judicial, que poniendo evidencia ante ella o ellas, ese acuerdo es llamado acuerdo de Arbitraje o de sumisión a

Tesis para obtener el Diploma de Doctor en Derecho. Universidad Panamericana.

Página 59.

²⁹ CABANELLAS, Guillermo.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. (voz: arbitraje).

21a. edición. Tomo I. Buenos Aires, Argentina, 1989.

Página 349.

En la misma voz y en el mismo sentido aparece en el Diccionario Jurídico Espasa. Madrid, España. Espasa Calpe/Fundación Tomás Moro. 1991.

página 69.

Arbitraje. Cuando, después que la controversia surgió, ésta se somete ante esa persona o esas personas para su decisión, el procedimiento es llamado Arbitraje, y la decisión, cuando se emita, es llamada laudo."³⁰

Para César Sepúlveda, internacionalista mexicano, "el Arbitraje es un método por el cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero o a un tribunal constituido especialmente para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a las normas que las partes especifiquen, usualmente normas de derecho internacional, y con el entendimiento que la decisión ha de ser aceptada por los contendientes como arreglo final."³¹

³⁰ BERNSTEIN, Ronald y WOOD, Derek.

Handbook of Arbitration Practice

2nd. edition. London. S&M/The Chartered Institute of Arbitrators. 1993.
Página 9.

³¹ SEPULVEDA, César.

Derecho Internacional Público.

6a edición. México. Porrúa. 1974. Citado por GARCÍA Moreno, Víctor Carlos.
Diccionario Jurídico Mexicano (voz: Arbitraje Internacional). 5a. edición.
Tomo A-CH. México. Porrúa/U.N.A.M. 1992. Página 202.

2.2.2. Ley.

Las normas jurídicas que regulan el Arbitraje privado nacional provienen de lo que hoy se conoce en México como el Poder Legislativo Federal. Desde el siglo pasado, nuestros legisladores, una vez consolidado el Estado Mexicano, optaron por seguir la tendencia mundial codificadora de los países de costumbre de derecho romano germánico que venía, por asentar un origen, de Francia y los Códigos de Napoleón³².

³² El maestro Guillermo Floris Margadant (La Segunda Vida del Derecho Romano. México. PORRUA. 1986.) nos explica como, especialmente a finales del siglo XVII, en Europa occidental, el legislador interviene cada vez más profundamente en la vida de aquella región. Las múltiples normas, vigentes para territorios y ciudades, ciertas profesiones o razas, etc., muestran una tendencia a juntar en un solo ordenamiento comprensivo todo lo referente a alguna rama de la práctica jurídica; y gracias a la preocupación del iusnaturalismo con el tema de la sistemática del derecho, el movimiento codificador recibirá su teoría fundamental, ya desde mediados de ese siglo, se observó una tendencia a formular ciertas ramas del derecho en forma concisa, sin casuística (páginas 309 y 310). "El movimiento codificador obtuvo una victoria sensacional en tiempos de Napoleón, cuando éste derrotó a los particularismos locales que existieron en el sistema jurídico de Francia, estableciendo para todo el país un conjunto de Cinq Codes" ... "Esta obra napoleónica tuvo gran repercusión en otros países, y da codificaciones semejantes en Holanda; Portugal (1867); ...; y España (1789, Código Civil que respeta los derechos forales)" (página 318).

"Code Civil (Code de Napoleón), 1804 y 1807.

Code de Procedure civil, 1806.

Code de commerce, 1808.

Desde aquél entonces se decidió, y al parecer bien decidido, el que la materia de comercio fuera de la competencia legislativa de los Poderes Federales³³.

Code d'instruction criminelle, 1808.

Code Penal"

Citados por OLVERA Luna, Omar. "Transformación del Derecho Mercantil".

Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M. México. Tomo XXXII, Números 121-122-123. Enero - Junio, 1982. Página 293.

³³ De conformidad con el texto de la Constitución de 5 de febrero de 1857 promulgada por el entonces Presidente Ignacio Comonfort estipulaba lo siguiente:

Art. 72 fracción X

"El congreso tiene facultad: X. Para establecer las bases generales de la legislación mercantil."

El texto anterior sufrió varias modificaciones siempre guardando la facultad legislativa en materia de comercio al Congreso de la Unión:

Reforma del 14 de diciembre de 1883

"Para expedir códigos obligatorios en toda la República, de minería y comercio, comprendiendo en este último las instituciones bancarias."

Reforma de 5 de febrero de 1917.

"Para legislar en toda la república sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, instituciones de crédito y energía eléctrica, para establecer el Banco de Emisión Único en los términos del artículo 28 de la Constitución y para expedir las leyes de trabajo reglamentarias del artículo 123 de la propia Constitución."

Esta situación le da a México la ventaja de tener un sistema uniforme comercial por lo que se refiere a sus normas de derecho positivo.

Es decir, el derecho arbitral como rama del derecho mercantil encuentra su principal fuente formal³⁴ en la legislación creada por el Congreso de la Unión.

TENA RAMIREZ, Felipe.

Leyes Fundamentales de México. 1800-1976.

7a. edición. PORRUA. México. 1976. Páginas 618, 707 y 847.

³⁴ El maestro Eduardo García Maynez (op. cit., nota 19) nos expone: En la terminología jurídica tiene la palabra fuente tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado. Se habla, en efecto, de fuentes formales, reales e históricas. Por fuente formal entendemos a los factores y elementos que determinan el contenido de las normas... De acuerdo con la opinión más generalizada, las fuentes formales del derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia (página 51) ... En los países de derecho escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales. Podríamos definir como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se le da el nombre específico de leyes... que no es fuente del derecho, sino producto de la legislación... (página 52) .

La calificación respecto a los actos de comercio³⁵ y de quienes se dedican a ejecutarlos (comerciantes³⁶) se encuentra

³⁵ Respecto de los actos de comercio, la ley considera que son (Artículo 75, Código de Comercio):

- I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;
- II. Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de sociedades mercantiles;
- IV. Los contratos relativos a obligaciones del Estados u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- V. Las empresas de abastecimientos y suministros;
- VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
- VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII. Las empresas de transporte de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;
- IX. Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;
- XI. Las empresas de espectáculos públicos;
- XII. Las operaciones de comisión mercantil;
- XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;
- XIV. Las operaciones de bancos;
- XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;
- XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;
- XVII. Los depósitos por causa de comercio;
- XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;

-
- XXIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
- XX. Los valores u otros títulos al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a menos que se pruebe que derivan de una causa extraña al comercio;
- XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;
- XXII. Los contratos y las obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;
- XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;
- XXIV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.

Así mismo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo primero " Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio. Los derechos y obligaciones de los actos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2o., cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.

Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio."

¹⁶ Artículo 3 (Código de Comercio): Es así que se reputan en derecho de comerciantes:

I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

plasmada en la legislación mercantil o de comercio mexicana vigente a la fecha y en especial en el Código de Comercio³⁷ del siglo pasado y sus reformas. Las controversias suscitadas en la ejecución de dichos actos de comercio serán la materia prima de las distintas formas hasta ahora imaginadas de solucionar controversias, entre las que se encuentra, claro está, el Arbitraje comercial.

Cabe hacer la aclaración que las disposiciones legales referentes al arbitraje comercial en nuestro Código de Comercio fueron inspiradas -como se ha expuesto- en la Ley Modelo de la

II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

” Artículos Transitorios.

Publicaciones en el Diario Oficial de la Federación del 7 al 13 de octubre de 1889. "Artículo [Transitorio] Primero.- Este Código empezará a regir el 1o. de enero de 1890."

Publicación en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1993. "Artículo [Transitorio] Primero.- El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. Artículo [transitorio] Segundo.- Lo establecido en el presente decreto se aplicará a los procedimientos arbitrales de carácter comercial en trámite, así como al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales comerciales, salvo acuerdo en contrario de las partes."

Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)³⁸. En la misma se prevé (artículo 1) el que dicha ley se aplicará al Arbitraje comercial (internacional), y respecto al mismo (Arbitraje comercial) se tiene una nota en la que se expone que "Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas la relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción a compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera".

³⁸ Aprobada por la CNUDMI el 21 de junio de 1985. Las disposiciones muy similares sobre el texto de la misma se incluyeron en nuestro Código de Comercio mediante el decreto de reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 2 de julio de 1993.

Sobre este particular se puede apreciar una descripción actual de los distintos actos de comercio, incluyéndose algunos de forma expresa, si no en nuestro Código de Comercio, en algunas otras disposiciones legales como podría ser lo referente a Banca (Ley de Instituciones de Crédito) o el llamado "factoring" o arrendamiento financiero (actividad primordialmente prevista en nuestra Ley del Impuesto sobre la Renta).

En virtud de lo anterior, parece ser más precisa a nuestra época la descripción de lo que abarca lo comercial del Arbitraje, es decir, partiendo de la base de que dicha descripción incluye actividades legalmente permitidas en México y reguladas en su mayoría por la ley positiva vigente, proporciona una visión más amplia y clara del aspecto comercial a que se refiere este trabajo. Cabe mencionar que, no obstante la afirmación respecto de todos los conflictos en una relación jurídica comercial son arbitrables, podrían existir limitaciones legales para alguna de la partes que no permitieran la celebración de un acuerdo arbitral lo que no limita la materia del arbitraje comercial sino la capacidad de

alguna de las partes para dirimir la controversia respectiva a través del arbitraje comercial.³⁹

En adición, existen fuentes del derecho mercantil mexicano que ayudan a resolver aquellas lagunas que sobre los casos que el legislador no pudo prever se presentan. Es así que el artículo 2 del Código de Comercio dice "A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común." Las disposiciones del derecho común, por regla general, aceptada la teoría en varias ocasiones por la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴⁰, de

³⁹ En materia civil, por ejemplo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 615 señala: "No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios:

- I.- El derecho a recibir alimentos.
- II.- Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y las demás diferencias puramente pecuniarias.
- III.- Las acciones de nulidad de matrimonio.
- IV.- Los concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 339 del Código Civil.
- V.- Los demás que prohíba expresamente la ley.

cfr. nota 55, infra.

⁴⁰ En lo sucesivo, se citarán varias tesis de o jurisprudencias con el propósito de reflejar la interpretación u opinión del Poder Judicial de la Federación respecto a ciertos conceptos o casos. No se considera el que

que se refiere a las del Código Civil para el Distrito Federal, materia común, y para toda la República en materia Federal - el Código Civil, para los efectos de este trabajo-. Lo anterior salvo en los casos en que "Las leyes (comerciales) que establecen excepciones a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté especificado en dichas leyes."⁴¹, es decir, que alguna ley comercial estipule un orden de supletoriedad diferente o la supletoriedad de otras leyes comunes.⁴²

dicha tesis de o jurisprudencia haya sido superada por otra posterior y con el sólo propósito que se indica.

⁴¹ Artículo 11 del Código Civil.

⁴² Para efectos prácticos en este trabajo, debido a la amplia similitud que existen entre el Código Civil y los mismos de las Entidades Federativas, se hará referencia a aquél para aquellos casos en los que no se prevea disposición específica en el Código de Comercio.

Si se pone en duda o no la supletoriedad del Código Civil respecto a la materia de comercio, será objeto de otro estudio el determinar si el Congreso de la Unión tiene facultades para legislar en materia civil o si, el comercio, por ser materia federal, entra dentro del ámbito de aplicación, supletoria, respecto al Código de Comercio de acuerdo al artículo 2o. citado del mismo.

Dentro del sistema de Derecho mexicano, el Arbitraje comercial es un juicio mercantil. El fundamento de esta afirmación se encuentra en el mismo texto del Código de Comercio dentro del Libro Quinto (DE LOS JUICIOS MERCANTILES), Título Cuarto (Del Arbitraje comercial).

El artículo 1049 del Código de Comercio dice: que son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4⁴³, 75⁴⁴ y 76⁴⁵ se deriven de los actos comerciales. Estableciéndose dentro de ese mismo Libro, se estipula que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las

⁴³ Artículo 4 (Código de Comercio): Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de productos ya elaborados de su industria o trabajo, sin hacerceles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto a sus almacenes o tiendas.

⁴⁴ Cfr. nota 35.

⁴⁵ Artículo 76 (Código de Comercio) dice que: No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.

partes con las limitaciones que se señalan en dicho libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral⁴⁶.

De lo anterior se desprende que de acuerdo con el Código de Comercio, los procedimientos de los juicios cuyo objeto es ventilar y decidir las controversias que conforme a dicho código se deriven de actos de comercio pueden estar reguladas por la voluntad de las partes. Sólo a falta de esa voluntad y salvo las leyes mercantiles establezcan un procedimiento

⁴⁶ Artículo 1051 (Código de Comercio): El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este Libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral. Aquí se deberá entender, aquél regulado en el referido Título Cuarto.

La ilegalidad del pacto o inobservancia cuando esté ajustado a la ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo o sentencia.

El procedimiento convencional ante tribunales se regirá por lo dispuesto en los artículos 1052 y 1053, y el procedimiento arbitral por las disposiciones del Título Cuarto de este Libro. [Libro Quinto: De los juicios Mercantiles].

Así mismo, el artículo 1416 fracción II define como 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.

especial o una supletoriedad expresa, se regirán por las disposiciones del Código de Comercio y en su defecto se aplicará la ley de procedimientos local respectiva, tal y como lo establece el artículo 1054⁴⁷ de dicho Código.

Entre las leyes mexicanas que regulan de alguna forma o son aplicables a la figura del Arbitraje comercial se encuentran las siguientes:

Código de Comercio⁴⁸.

Ley de las Cámaras de Comercio de las de Industria⁴⁹.

⁴⁷ Cabe hacer la aclaración que por lo que respecta al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral que en su caso se presente ante el juez competente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1463 del Código de Comercio, el procedimiento se substanciará en forma incidental de conformidad con lo dispuesto en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁴⁸ Libro Quinto, Título IV.

⁴⁹ Artículo 10: "Las cámaras tendrán por objeto:..." "VI.- Actuar como árbitros, peritos o síndicos, en términos de la legislación aplicable, respecto de actos relacionados con las actividades comerciales o industriales;...".

Artículo 11: "Las confederaciones tendrán por objeto:..." "III.- Actuar como árbitro, a través de una comisión destinada para este fin;...".

Código Federal de Procedimientos Civiles⁵⁰.

Ley Federal de Derechos de Autor⁵¹.

Ley del Mercado de Valores⁵².

Ambos artículos generarán dentro de los estatutos de dichas cámaras o confederaciones, el que se incluya como objeto de las mismas el fungir como árbitros. Para esos efectos existe por ejemplo, en la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, un área o departamento que se dedica a dar asesoría en materia de arbitraje comercial así como a llevar la administración de procesos arbitrales. Así mismo, dicha Cámara cuenta con un reglamento de arbitraje al cual las partes en una relación jurídica comercial se podrán adherir a efecto de resolver las controversias que se deriven de sus negocios.

⁵⁰ El artículo 1463, segundo párrafo, del Código de Comercio, prevé que "El procedimiento de reconocimiento o ejecución - del laudo -, se sustanciará incidentalmente de conformidad con el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles...". En este artículo el Código de Comercio hace una excepción a la regla general de los juicios mercantiles en relación a que se aplicará la ley de procedimientos local respectiva a falta de disposición en el mismo. La sustanciación incidental se tramita a falta de cumplimiento voluntario de laudo y se entiende - dicha tramitación - sumaria.

⁵¹ Para el caso de controversias en materia de derechos de autor, se aplica la ley citada y de forma supletorio el Código de Comercio. Invariablemente la Cláusula Compromisoria o Compromiso Arbitral deberán ir por escrito. Para el nombramiento de árbitros se deberá atender a la lista, publicada en el Diario Oficial de la Federación, de los mismos autorizados para tal efecto. El proceso arbitral deberá llevarse en un plazo máximo de 60 días de aquél de la aceptación de los árbitros. Crf. Artículos 219 a 228.

⁵² Esta ley así como la de Instituciones de Crédito previenen que podrá llevarse, después de no haber aveniencia entre la partes y de así

Ley de Instituciones de Crédito.⁵³

Ley Federal de Protección al Consumidor⁵⁴.

consentirlo éstas, un procedimiento arbitral, ya sea de estricto derecho o de amigable composición aplicándose supletoriamente las disposiciones del Código de Comercio. Cabría hacer una homologación de ambas leyes al respecto ya que hoy en día la Comisión a que se refieren ambas leyes es la misma - Comisión Nacional Bancaria y de Valores -. Cfr. Artículo 87.

⁵³ Respecto a las reclamaciones que, por así elegirlo los usuarios del servicio de banca y crédito, se presenten ante la Comisión Nacional Bancaria (cfr. artículo 119), en primera instancia se citará a una junta de avenencia (cfr. fracción I, artículo 120), si en la junta no se logra la conciliación de las partes, la Comisión las invitará a que de común acuerdo designen árbitro, ya sea a la propia Comisión o quien ésta les proponga, quedando a elección de las mismas que el juicio arbitral sea en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho. El compromiso correspondiente se hará constar en el acta que al efecto se levante - cfr. artículo 120 -. Como se comentó en la cita anterior - 51 - el proceso arbitral puede ser de dos tipos - amigable composición y de estricto derecho - con la diferencia que en los casos previstos por la ley bancaria, el árbitro es la Comisión respectiva y en la ley de valores un árbitro que al efecto de designe.

Respecto de los artículos aquí citados de la ley bancaria, cabe mencionar que los procedimientos de conciliación, como etapa previa de avenencia a la etapa del arbitraje, que consiste en acudir presentar su versión respecto del asunto en cuestión y en ningún caso consentir en el arbitraje. Está situación podría cambiar en casos que involucren a un gran número de personas que tengan un mismo conflicto respecto de un banco, ya que de alguna manera la Comisión podría alentar a las partes el asumir la responsabilidad de llevar el arbitraje evitando una diversidad de trámites, quizá innecesarios, ante cualquier número de jueces estatales.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas⁵⁵.

⁵⁴ Capítulo XIII (Procedimientos), Sección III (Procedimiento Arbitral). El procedimiento arbitral en esta ley es, al igual que el previsto en la legislación bancaria y la de valores, de estricto derecho o de amigable composición, aplicándose supletoriamente las disposiciones del Código de Comercio, sin que se haya agotado necesariamente la fase conciliatoria. En este caso, el árbitro podrá ser la Procuraduría o un árbitro independiente reconocido por la misma de acuerdo al reglamento a dicha ley del consumidor.

De reciente creación encontramos el Reglamento del Artículo 122 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de agosto de 1997, en vigor, según su primer artículo transitorio, al siguiente de su publicación en dicho Diario. El objeto de dicho reglamento, de acuerdo a su artículo 1, es el regular la inscripción y actuación de los árbitros independientes. En relación a su actuación, el árbitro debe fungir principalmente como mediador de las partes, asesor de la partes en caso de que quieran llegar a un convenio y resolver el conflicto mediante un laudo.

⁵⁵ Artículo 14.- "...Sólo podrá pactarse cláusula arbitral en contratos respecto de aquellas controversias que determine la Secretaría (de Hacienda y Crédito Público), mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Contraloría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta ley, serán nulos de pleno derecho."

Respecto a los casos que se prevé en este artículo cabe mencionar que no han sido publicadas dichas reglas generales (al 20 de marzo de 1998; fuente Datalex) por lo que se podría afirmar que hasta en tanto no se publiquen, dicho artículo es letra muerta. Lo anterior, ya que es casi imposible que se incluya la cláusula arbitral dentro de los contratos previstos en dicha Ley, sin la expedición de dichas reglas y afectándolo de nulidad.

Algunos comentarios se harán en este trabajo respecto a las leyes antes mencionadas. No obstante lo anterior, es preciso reiterar que es el Código de Comercio la principal norma rectora del Arbitraje comercial nacional. El Tratado de Libre Comercio para América del Norte se aplica forzosamente para el arbitraje comercial internacional y no nacional, ya que las disposiciones aplicables se refieren - dentro de la Quinta Parte, Capítulo XI. Inversión, sección B - a la solución de controversias entre una Parte - Estados Unidos de América, Canadá o México - y un inversionista de otra Parte.

2.2.3. Jurisprudencia.

Como se anotó anteriormente, la jurisprudencia referente a Arbitraje comercial nacional no es mucha o mejor dicho es poca. La mayor parte de la jurisprudencia se encuentra en materia de Arbitraje comercial internacional.

Al respecto, el maestro José María Abascal Zamora⁵⁶ apunta que para la interpretación uniforme de los textos legales conviene conocer las sentencias y laudos que se hayan dictado previamente por otros tribunales. Para el caso de México y respecto a los casos planteados ante los tribunales jurisdiccionales, se acude al Semanario Judicial de la Federación. En el caso del Arbitraje comercial internacional, la CNUDMI o UNCITRAL diseñó lo que se conoce como el *Clout*, que corresponde a las siglas de su nombre en inglés de lo que se denomina en español como Sistema de correspondencias nacionales de jurisprudencia de textos de la CNUDMI (sic) (Case Law on Uncitral Texts).

El carácter confidencial de los arbitrajes en general, no permite un fuerte desarrollo de la formación de una gran colección de laudos arbitrales, especialmente por lo que se refiere al Arbitraje *ad hoc* (que no es administrado por institución alguna). De los demás casos, existen precedentes además del *Clout*, como el *Yearbook of Commercial Arbitration*,

⁵⁶ ABASCAL Zamora, José María. "Cómo conocer la Jurisprudencia Internacional del Derecho Mercantil - El Clout -". El Financiero (Diario). Miércoles 14 de diciembre de 1994. Página 8A.

el Boletín del Unidroit y la compilación de laudos de la Cámara Internacional de Comercio.

Sobre el caso particular de las resoluciones de los tribunales jurisdiccionales mexicanos, durante las distintas épocas de la jurisprudencia de este país se han creado precedentes o tesis que muestran los distintos criterios de dichos tribunales.

Es así que, por citar dos ejemplos (de 1933 y 1942), ambos de la entonces Tercera Sala por la que, en la primera tesis se tiene como puntos relevantes los siguientes:

a) Se define el Arbitraje como una convención por la que las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares.

b) Aclara que existe una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial; se substituye el proceso con algo que es afín a él.

c) El árbitro no es un funcionario del Estado; ni tiene jurisdicción propia o delegada, las facultades de que usa, se

derivan de la voluntad de las partes. El árbitro carece de imperio.

d) El laudo sólo puede reputarse como una obra lógica jurídica, que es acogida por el Estado, si se realizó en las materias y formas permitidas por la ley. El laudo es un acto privado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al Arbitraje ha sostenido que "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 este modo, se substituye el proceso con algo que es afín a él, en su figura lógica, supuesto que en uno y otros 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 uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo

sólo puede convertirse en ejecutiva, por la mediación de un acto realizado por un órgano 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, etc., 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..."⁵⁷

Respecto al anterior criterio, cabe mencionar que la jurisdicción de los árbitros se la han otorgado - legalmente - las partes, es decir, es la ley la que otorga la jurisdicción a los Jueces del Poder Judicial - federal y estatal - y es la ley la que permite a los particulares mediante un acuerdo de voluntades, someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral.

⁵⁷ Tercera Sala; Semanario Judicial de la Federación; 5a. época; Tomo : XXXVIII; Página : 800; Rubro: ARBITRAJE.- PRECEDENTES: TOMO XXXVIII, Pág. 800.- Cía. Mexicana de Petróleo "El Águila", S.A.- 26 de mayo de 1933.- 5 votos

En relación con el nombramiento de los árbitros y como puntos relevantes a resaltar se encuentran los siguientes:

a) Es indispensable que para ser un órgano del Estado, se haya sido investido del cargo por quien tenga facultad de creación y otorgar la protesta constitucional.

b) El árbitro o los árbitros en ningún caso, hoy en día, se encuentran en el supuesto antes mencionado, por lo que no se considerarán como funcionarios públicos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha pronunciado que "el artículo 73 de la Constitución establece las bases conforme a las cuales se integran los diversos tribunales que forman el Poder Judicial del Distrito Federal y la manera de designar a las personas físicas que han de poseer la cualidad de órganos del Estado, según lo expresa, en lo conducente, la fracción VI de dicho artículo que dice: "Los jueces de primera instancia, menores y correccionales del Distrito Federal y de los Territorios, serán nombrados por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; deberán tener los requisitos que la Ley señala y serán substituidos, en sus faltas temporales,

en los términos que la misma Ley determine". Por otra parte, además de señalar la Constitución en quien radica el poder de creación, señala también los requisitos para que el designado pueda considerarse capacitado legalmente para desempeñar sus funciones, como aparece del artículo 128 de la propia Constitución que dice: "Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen". De los anteriores conceptos, relacionados entre sí, se llega a la conclusión de que para ser órgano del Estado, es indispensable estar investido del cargo, por quien tenga facultad de creación, y otorgar la protesta a que alude el citado artículo 128. El requisito de la protesta viene a dar valor legal al nombramiento para que pueda ejercitarse la función. Ahora bien, si en el caso a estudio, ningún órgano competente, conforme a la Constitución y con facultades de creación, ha investido al árbitro como órgano estatal, porque la Sala responsable no pudo designar ni reconocer atribuciones jurisdiccionales a un árbitro, ya que de acuerdo con la Constitución, la misma no tiene facultad para designar árbitros que decidan las controversias suscitadas entre las partes, dicho nombramiento debe declararse ilegal; y aunque dicha Sala se funde en el artículo 90. transitorio del Código de

Procedimientos Civiles para hacer el nombramiento de árbitros, debe decirse, por las razones expuestas, que tal precepto pugna con la Constitución, que de una manera clara y precisa señala los órganos del Poder Judicial, entre los cuales no se comprende a los árbitros. En estas condiciones, si el artículo 14 constitucional establece que nadie puede ser privado de sus posesiones, propiedades o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se observan las formalidades esenciales del procedimiento, como los árbitros a que se refiere el artículo 9o. transitorio citado, no son propiamente tribunales previamente establecidos, resulta que se ha violado el precepto citado y debe concederse el amparo que por tal motivo se solicite."⁵⁸

El criterio anterior, puede ser citado como uno de los pocos criterios jurisprudenciales dentro de la 5a. época que hablan respecto de la calidad de los árbitros. Sin embargo, la misma no constituye un criterio a ser válido hoy en día. El árbitro es un particular investido con facultades jurisdiccionales y así lo afirman diversos juristas

⁵⁸ Tercera Sala; Semanario Judicial de la Federación; 5a. época; Tomo: LXXIII; Pagina: 463; Rubro: ÁRBITROS, NOMBRAMIENTO DE LOS.- Precedente: TOMO LXXIII, Pág. 463. Cangas José.- 7 de julio de 1942.- 4 votos.

contemporáneos - como los maestros Francisco Contreras Vaca⁵⁹ y Gonzalo Uribarri Carpintero -. El Doctor Uribarri nos expone que "no hay que confundir la función jurisdiccional con la jurisdicción, pero la verdadera razón de distinguir estos conceptos es tratar de ubicar al arbitraje como función jurisdiccional y al árbitro como aquel sujeto que ejerce una jurisdicción..." y abunda precisando que "Si se delega o no la función jurisdiccional es, en nuestra opinión, una cuestión de fondo: el juez no tiene esa facultad, pero sí el legislador, de delegarle tal función; cabe aquí mencionar que la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del D.F. establece en su artículo 2o. que "el ejercicio jurisdiccional comprende, entre otros, a los árbitros".⁶⁰

⁵⁹ CONTRERAS VACA, Francisco Javier, op. cit., nota 12, página 227.

⁶⁰ URIBARRI Carpintero, Gonzalo, op. cit., nota 28, Páginas 76 y 79.

2.2.4. Costumbre

Los Usos son fuentes supletorias formalmente reconocidas por algunas leyes comerciales⁶¹, sin embargo no constituyen

⁶¹ Entre otras:

El artículo 2 de la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito nos dice que: "Los actos y operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

- I.- Por lo dispuesto en esta ley, y en las demás leyes especiales relativas, y en su defecto;
- II.- Por la legislación mercantil en general; en su defecto;
- III.- Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos;
- IV.- Por el derecho común, declarándose aplicable a toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal."

El artículo 6 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que: "En lo no previsto por la presente ley y por la Ley Orgánica del banco de México, a las instituciones de banca múltiple se le aplicará en el orden siguiente:

- I. La legislación mercantil;
- II. Los usos y prácticas bancarias y mercantiles;
- III. El Código Civil para el Distrito Federal, y
- IV. El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de esta ley.

Las instituciones de banca de desarrollo, se regirán por su respectiva ley orgánica y, en su defecto, por lo dispuesto en este artículo."

El artículo 7 de la Ley del Mercado de Valores dispone que "Las leyes mercantiles, los usos bursátiles y mercantiles, y los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Federal de Procedimientos Civiles serán supletorios de la presente ley, en el orden citado."

normas de derecho y se consideran como prácticas comunes en el comercio que están sujetas a prueba. No es el caso del derecho, salvo el derecho extranjero⁶².

De acuerdo con el maestro Mantilla Molina⁶³ " Es opinión generalmente aceptada que en México la costumbre...no es fuente del derecho, pues el artículo 14 constitucional exige que las sentencias se funden en la ley; y por ello se piensa, sería inconstitucional la sentencia que invocara como fundamento una costumbre."

Respecto a este punto, el artículo 10 del Código Civil prevé que "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario."

⁶² Así es como los artículos 1194 y 1197 del Código de Comercio indican que: "El que afirma algo (una costumbre) está obligado a probar..."; y "Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras; el que las invoca debe probar la existencia de ellas y que son aplicables al caso."

⁶³ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., nota 10, Página 52.

Estos principios de Derecho mexicano presentan un obstáculo ideológico a los jueces para tomar en cuenta los usos o costumbres, en ciertos casos, para resolver las controversias dentro del proceso jurisdiccional; limitándose a juzgar con base al derecho positivo aplicable al caso.

Sin embargo, el artículo 1445 del Código de Comercio prevé que "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."

Se encuentra en desarrollo un proyecto de compilación de lo que se conoce internacionalmente como la *lex mercatoria*⁶⁴. Una tentativa de unificación internacional del derecho que rige los contratos comerciales internacionales, impulsada principalmente por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Dicho instituto ha publicado unos principios o conjunto de reglas destinadas a ser

⁶⁴ De acuerdo con el Preámbulo (Propósito de los Principios de UNIDROIT; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma. 1995. Página 13.) es equivalente a expresiones que, por voluntad de las partes respecto a las disposiciones que regirán un contrato comercial internacional, son referidas a "principios generales del derecho" o expresiones semejantes.

utilizadas en todo el mundo independiente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países.⁶⁵

2.3. Concepto de Arbitraje Comercial Nacional.

El Código de Comercio -artículo 1416 fracción II- define como "Arbitraje, cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución permanente ante la que se lleve a cabo;".

El Arbitraje comercial nacional es un Proceso extrajudicial heterocompositivo de controversias suscitadas de la ejecución de actos de comercio por una o más partes.

En un análisis breve del concepto anterior, se tiene que:

⁶⁵ Principios sobre los Contratos comerciales Internacionales. (Principios de UNIDROIT).

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma. 1995. Página 3

a) Es comercial por que versa en materia de comercio o tiene como objeto el resolver las controversias que se originen de los actos de comercio que se realizan en México⁶⁶ y cuya iniciación, desarrollo y resolución final emitida por el árbitro o tribunal arbitral, tiene lugar y efectos en México. Dichos actos de comercio son aquellos principalmente cuyos efectos u objeto surten efectos o se encuentran en territorio nacional.

b) Es un proceso. En palabras del maestro Gómez-Lara respecto al proceso jurisdiccional, dice "...que es el conjunto de actos desenvueltos por el órgano jurisdiccional, por las partes interesadas y por los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que están proyectados y que convergen en el acto

⁶⁶ Aún en el caso de comerciantes extranjeros, éstos, de conformidad con el artículo 14 del Código de Comercio: "..., en todos los actos de comercio en que intervengan, se sujetarán a este Código (de Comercio) y a las leyes del país (México)."

El artículo 1415 del Código de Comercio dispone que las disposiciones del título del Arbitraje comercial (Libro Quinto) de ese Código se aplica "al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo en lo dispuesto en los tratados internacionales en los que México se parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje."

final de la aplicación estatal de una ley general al caso concreto controvertido, para dirimirlo o solucionarlo, es decir en el acto por el cual se sentencia.”⁶⁷ Parafraseando, se podría decir respecto al Arbitraje comercial como proceso, que es el conjunto de actos desenvueltos por el árbitro o árbitros, por las partes interesadas y por los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que están proyectados y que convergen en el acto final de la aplicación de las normas y/o principios generales de derecho, así como los usos y costumbres generalmente aceptados, al caso concreto controvertido, para dirimirlo o solucionarlo, es decir en el acto por el cual se sentencia mediante un laudo.

c) Es extrajudicial puesto que no se lleva a cabo ante los tribunales judiciales o estatales competentes conforme a las leyes supletorias correspondientes⁶⁸. Se desarrolla fuera de la jurisdicción del Poder Judicial, Federal o Estatal.

⁶⁷ GÓMEZ LARA, Cipriano, op. cit., nota 25, página 33.

⁶⁸ El artículo 1421 del Código de Comercio nos dice que: “Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente Título (Cuarto: Del Arbitraje comercial), no se requerirá intervención judicial.”

d) Es heterocompositivo puesto que, no obstante su carácter privado o extrajudicial, el tercero encargado de llevar a cabo el procedimiento acordado por las partes (árbitro o tribunal arbitral) resuelve en forma tal que, siguiendo las formalidades correspondientes, obligando a las partes al cumplimiento de dicha resolución⁶⁹.

2.4. Fines del Arbitraje en general.

Para efectos explicativos, se tiene inicialmente, de acuerdo con la doctrina como se explicó anteriormente, que el Arbitraje es un proceso equivalente al jurisdiccional. Como tal, persigue el mismo fin que el proceso jurisdiccional, que en las palabras de José Becerra Bautista⁷⁰ "EL FIN NORMAL del proceso es la obtención de una sentencia que, en forma vinculativa, resuelva entre partes una controversia...". Tal fin es objeto de

⁶⁹ El artículo 1461 del Código de Comercio prevé que "Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este Capítulo".

⁷⁰ BECERRA BAUTISTA, José.

El Proceso Civil en México.

10a. edición. México. Editorial Porrúa. 1992. Página 1.

consideraciones importantes dentro del ambiente de abogados en México y posiblemente en el mundo como lo explicaremos más adelante.⁷¹

En el mismo sentido, el Código de Comercio, considerando al Arbitraje comercial como un Juicio Mercantil como se indicó anteriormente, su fin será el ventilar o dirimir controversias que conforme a dicho código se deriven de los actos de comercio⁷².

⁷¹ Sobre este asunto en particular y a manera de introducción, el maestro Niceto Alcalá Zamora y Castillo (Alcala-Zamora Proceso, Auto composición y Autodefensa. 3a. edición. México. U.N.A.M. 1991. p. 14) nos dice:

"Pero para que el proceso rinda frutos, es preciso que ese tercero imparcial que mediante él decide el conflicto, sea más fuerte que las partes entre sí enfrentadas, para que llegado el caso, pueda imponer su voluntad coactivamente, frente a todo intento de desobediencia o alzamiento que de aquéllas provenga.

Se comprende por ello, que la jurisdicción, que históricamente o en países menos evolucionados tuvo o mantiene otros titulares u orígenes, en los pueblos cultos de nuestros días se vincule al Estado, así como que éste la ejerza por medio de los correspondiente órganos y que se repute como un atributo de la soberanía."

⁷² Cfr. Artículo 1049 del Código de Comercio.

2.5. Tipos de Arbitraje en general.

2.5.1. Los tipos de Arbitraje se podrán determinar en primer término de acuerdo a el carácter o calidad de las partes en conflicto:

Arbitraje público. Si las partes del litigio o conflicto de intereses son de carácter público (V.gr. Estado A y contraparte, Estado B) entonces el Arbitraje que se lleve a cabo será público.

Arbitraje privado. Si las partes no tienen ese carácter público o no actúan como entidades públicas, entonces el Arbitraje será privado; es decir, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares⁷³.

2.5.2. Siguiendo las disposiciones del Código de Comercio, según el lugar de cumplimiento de las obligaciones comerciales

⁷³ SIQUEIROS, José Luis.

Diccionario Jurídico Mexicano (voz: arbitraje comercial)

5a. edición. Tomo A-CH. México. Porrúa/U.N.A.M. 1992.

Página 200.

litigiosas, el lugar del Arbitraje o del domicilio de las partes en litigio, el Arbitraje será:

Arbitraje internacional. De acuerdo con el Artículo 1416 fracción III de dicho Código, cuando las partes al momento de la celebración del acuerdo de Arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o el lugar de Arbitraje, determinado en el acuerdo de Arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar de cumplimiento de una partida sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación mas estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento⁷⁴.

Arbitraje Interno o Nacional. En los casos en los que el lugar del Arbitraje sea en México, las obligaciones litigiosas tengan una relación más estrecha donde las partes tengan su establecimiento o el domicilio de las partes en conflicto esté en México, el Arbitraje será nacional.

⁷⁴ Para los efectos de dicha fracción III (artículo 1416 del Código de Comercio), si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

De acuerdo con el maestro Siqueiros, la problemática del Arbitraje interno se plantea dentro de un sistema jurídico único. El Arbitraje internacional, surge cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia⁷⁵.

2.5.3. Se tiene que según la materia o ramo del derecho en la que se encuentre regulado o previsto el objeto del litigio, entonces el Arbitraje será en principio:

Civil o Mercantil -comercial-⁷⁶. Debido a la especialización y auge de distintas materia de derecho, se podría hablar de otros tipos de Arbitraje según la materia del objeto litigioso (v.gr. bursátil, ambiental, etc.).

⁷⁵ Cuando una de las partes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el exterior; en fin, cuando surge cualquier conexión con otra legislación distinta a la interna. SIQUEIROS, José Luis, op. cit., nota 73, (voz: Arbitraje comercial) Página 201.

⁷⁶ En el derecho Mercantil y en el Civil el arbitraje es voluntario, ya que, de ser forzoso, carecerían de competencia y autoridad los tribunales. (Diccionario Jurídico Espasa, nota 29, (voz: Arbitraje) Página 69.

Existen ramas del derecho comercial que han llegado a independizarse en cuanto su estudio y, debido a la cantidad de disposiciones legales aplicables a las mismas, así es el caso de la rama bancaria, seguros, fianzas y bursátil. En estos casos, debido a la especialización que requiere el conocimiento de los mismos, se podría hablar de otros tipos de Arbitraje. No obstante lo anterior, el procedimiento arbitral de dichas ramas del derecho comercial, se seguiría dentro del marco del Arbitraje comercial, sujetándose a las disposiciones de las leyes especiales que los regulan y de forma supletoria, las del Código de Comercio.

2.5.4 Respecto al Arbitraje privado, según quién administre el Arbitraje⁷⁷ se puede dividir en Arbitraje:

⁷⁷ Por "administrar el arbitraje" se debe de entender la designación del número de árbitros y la determinación de las reglas a que las partes se sujetarán en el procedimiento arbitral para resolver el litigio. Las partes generalmente sólo hacen referencia a la institución que administrará el arbitraje, si acaso el número de árbitros disponibles para los arbitrajes administrados por dichas instituciones y su voluntad de sujetarse a las reglas de dicha institución que, por lo general todas tienen.

Arbitraje oficial, administrado por organismos gubernamentales (v.gr. Comisión Nacional Bancaria y de Valores).

Arbitraje institucional, administrado por organismos privados nacionales o internacionales (v.gr. American Arbitration Association, International Chamber of Commerce, Comisión Interamericana de Arbitraje comercial, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, etc.)

Arbitraje *ad hoc*, en el que las partes determinan las reglas del Arbitraje y eligen a sus árbitros.⁷⁸

De acuerdo con el maestro Siqueiros⁷⁹ respecto a las semejanzas que existen en los distintos tipos de Arbitraje y a la necesidad de hacer énfasis de sus divergencias, éste clasifica el Arbitraje en los siguientes tipos: a) público, b) privado, c) interno, d) internacional, e) comercial y f) civil.

⁷⁸ CONTRERAS Vaca, Francisco José, op. cit., nota 12, páginas 228 y 229.

⁷⁹ SIQUEIROS, José Luis, op. cit., nota 14, páginas 9 y 10.

El Arbitraje de derecho internacional público tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados como entidades soberanas, mediante árbitros designados libremente y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas. El Arbitraje privado, en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares y si bien es cierto que los Estados, algunas veces actúan en el comercio sin la investidura de soberanía, participando activamente a través de corporaciones o empresas dominadas por los intereses del sector público, también lo es que en tales circunstancias los diferendos que se susciten con otras empresas de esta naturaleza o con particulares, ya no inciden en la jurisdicción del derecho internacional público, pudiendo ser resueltos a través del Arbitraje privado.

Es igualmente útil depurar la nomenclatura en lo que respecta al carácter interno e internacional del Arbitraje. La problemática del primero se plantea dentro de un sistema jurídico único. El segundo surge cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia; es decir, cuando una de las dos partes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el exterior; en fin, cuando surge cualquier conexión con otra legislación distinta a la interna.

En estos casos estamos en presencia del Arbitraje internacional como instrumento idóneo para eludir los problemas inherentes a la confrontación del derecho extraño, incluyendo la sumisión a tribunales extraños.

Por último, es oportuno señalar que dentro del Arbitraje privado, ya sea interno o internacional, pueden plantearse tanto materias de orden estrictamente mercantil, como conflictos de orden exclusivamente civil.

El Arbitraje puede ser una combinación de los distintos tipos que se han descrito aquí; es decir, el Arbitraje público suele ser siempre internacional, no así el Arbitraje internacional, nacional o interno, que pudieran ser privado y civil o mercantil. Respecto al Arbitraje nacional o interno se centra su desarrollo principalmente en el campo del derecho privado.

2.5.5. El maestro Osvaldo Gozaíni⁸⁰ a su vez explica las ciertas particularidades que se pueden presentar dentro del

⁸⁰ GOZAINI, Osvaldo Alfredo, op. cit., nota 23, páginas 51 y 52.

Arbitraje. Así es como clasifica tres tipos más de Arbitraje a saber:

Arbitraje voluntario proviene de la libre determinación de las partes, sin que preexista un compromiso que los vincule.

Arbitraje forzoso viene impuesto por una cláusula legal o por el sometimiento pactado entre las partes antes de ocurrir el conflicto.

Arbitraje jurídico o de equidad; en el primer caso se requiere de un arbitro o árbitros capacitados en la materia a resolver, mientras que en el otro basta con los buenos oficios -amigable composición-.

2.6. Elementos del Arbitraje en general

2.6.1. El Acuerdo expresa la voluntad de las partes de una relación comercial, de someter a Arbitraje controversias que se susciten respecto al cumplimiento de las obligaciones de dicha relación. Sobre este particular se tratará en los últimos capítulos de este trabajo.

2.6.2. El proceso arbitral, a seguir para la solución de las controversias entre las partes, será aquél que las mismas hayan acordado. Dicho proceso puede ser de derecho -árbitros juris- o libre -árbitros amigables componedores-. Los árbitros de derecho deben ajustar el proceso y fallar con arreglo a las leyes. Los amigables componedores pueden proceder sin sujeción a formas legales, respetando naturalmente el derecho de la defensa de las partes y fallando según su saber y entender⁸¹; referidos a su vez también como Arbitraje jurídico o de estricto derecho y de equidad o en amigable composición.

2.6.3. El Laudo o sentencia arbitral es la emitida por el Tribunal Arbitral y que pone fin a la controversia sometida a su consideración por las partes.

En éste elemento esencial -el laudo- en la evolución de un procedimiento arbitral, es el principal fin de la función de los Árbitros o árbitro, según se haya designado por las partes,

⁸¹ GARRONE, José Alberto.

Diccionario Jurídico Abeledo-Perot (voz: arbitraje)

Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perot. 1986.

Página 179.

siendo aquellos o aquél tercero imparcial quien(es) resolverán la controversia.

El Dr. Gonzalo Uribarri en breve nos explica que cuando los contendientes acuden a un tercero, "ajeno al conflicto, y de antemano se someten a la opinión que ese tercero dé sobre el conflicto - acuerdo de arbitraje- , entonces si surge ya bien delineada, una figura heterocompositiva de solución que es el ARBITRAJE, o sea, la solución del litigio mediante un procedimiento seguido ante un Juez no profesional ni estatal, sino ante un Juez de carácter privado que es el árbitro - arbitraje -. Este árbitro estudiará el asunto y dará su opinión, dará solución al conflicto, que recibe la denominación de LAUDO."⁸²

⁸² URIBARRI Carpintero, Gonzalo, op. cit., nota 28, Página 33.

CAPITULO III

FIGURAS AFINES AL ARBITRAJE EN GENERAL.

El Arbitraje respecto a sus figuras afines tiene elementos en común que es conveniente resaltar para notar las diferencias entre las mismas. Estos elementos en común son, aparte de un conflicto de intereses entre dos o más partes, la intención de solucionar dicho conflicto por un tercero extraño a la relación que generó el conflicto, interviniendo para solucionar dicha controversia.

Las diferencias entre las figuras afines del Arbitraje residen principalmente en el papel que desempeña ese tercero extraño mencionado anteriormente, es decir, si se dedica a conciliar a las partes sin que su juicio o dicho sea decisivo para las partes, si únicamente media entre ellas a fin de lograr que sus discusiones se centren en la solución de la controversia, o como en el Arbitraje o en el proceso jurisdiccional, en los que el árbitro o juez, tribunal arbitral o jurisdiccional- resuelven el litigio y dicha resolución vincula a las partes en conflicto a acatarla. Es el proceso jurisdiccional la figura más afín al Arbitraje o

viceversa. Los tratadistas en materia de derecho procesal ya por costumbre, por considerar el proceso jurisdiccional más efectivo o siendo éste el tema que mayor interés tienen los interesados en la solución de conflictos, sólo hacen breves referencias a lo que es el Arbitraje y sus figuras afines, algunas muy valiosas mismas que se tratan de incluir en este trabajo.

Esa tendencia ha ido cambiando con el paso de los años. El Estado y su concepto de soberanía por lo que respecta al monopolio de la impartición de justicia, ha ido cambiando poco a poco su renuencia a promover medios alternativos de solución de controversias.

La tendencia por lo que respecta al modo de ejercer el comercio y los conflictos que se generan, cambian mucho más rápido que la capacidad del Estado de crear formas de solucionar conflictos. Es así que el Arbitraje siendo, al menos en materia Comercial, un medio natural de solución de controversias, subsiste no obstante la concepción del Estado en México -paternalista, monopólico- en las últimas décadas ha sido un obstáculo para su desarrollo.

El auge del Arbitraje dependerá primordialmente de que tanto se logre arraigar la idea de que la justicia no está en quien la imparte sino en dar a cada quien lo que le corresponde. Lo anterior como idea raíz no sin darle su lugar a otros aspectos como pudieran ser, el estudio y especialización de los abogados del foro y sobre todo, el castigo ante cualquier acto que tienda a corromper la sana práctica de la noble institución del Arbitraje.

Respecto a las figuras afines cabe citar al maestro Gómez Lara quién en su exposición sobre la Teoría General del Proceso Civil⁸³ expone brevemente las figuras afines al proceso jurisdiccional que a su vez, desde el punto de vista de este trabajo, se puede considerar como una figura afín al Arbitraje. Gómez Lara se basa principalmente en la teoría del profesor italiano Carnelutti quién ha sido un jurista cuyas ideas han penetrado profundamente en la doctrina jurídica mexicana.

"... es necesario recordar que Carnelutti propagó la idea en la doctrina como la de los equivalentes jurisdiccionales. Es decir, además del proceso, que implica que el estado desempeñe

⁸³ GÓMEZ LARA, Cipriano, op. cit., nota 25, páginas 16 y 17.

la función jurisdiccional para dirimir las controversias, existen otras formas equivalentes jurisdiccionales⁸⁴ que para Carnelutti son:

1. El proceso extranjero⁸⁵.
2. El proceso eclesiástico⁸⁶
3. La autocomposición.
4. La composición procesal.
5. La conciliación.
6. El Arbitraje.

⁸⁴ Alcalá Zamora dice que los dos primeros no serían equivalentes jurisdiccionales sino jurisdicciones de otro estado y que, la autocomposición, más que un equivalente es un excluyente de la jurisdicción. Citado por GÓMEZ LARA, Cipriano, op. cit., nota 25, páginas 16 y 17.

⁸⁵ En cuanto al proceso extranjero, debe recalcarse que en rigor es el resultado de una función jurisdiccional desenvuelta en otro país. El problema fundamental que esto acarrea, es el relativo a la ejecución de la sentencia extranjera, problema que por lo demás, no pertenece a la teoría general del proceso, sino al derecho internacional.

⁸⁶ El proceso eclesiástico, se asemeja mucho al proceso extranjero, ya que es el emanado de los tribunales de la Iglesia.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

En un breve análisis de las seis figuras que Carnelutti considera como equivalentes jurisdiccionales, podríamos decir lo siguiente:

En lo referente a la autocomposición, como hemos asentado, tal parece que no es forma equivalente a la jurisdicción sino una excluyente de la misma, puesto que prescinde de ésta, es decir, desecha a la jurisdicción.

Por lo que se refiere a la llamada composición procesal, ésta es una figura autocompositiva, sólo que se da dentro del seno mismo del proceso.

La conciliación es una figura sin vida propia, pues si llega a triunfar, es decir, si a través de la conciliación se resuelve el litigio, llegaríamos a una figura autocompositiva; y, si fracasa el intento conciliador, es decir, si lo que hay es una conciliación frustrada, lógicamente no tendríamos un equivalente jurisdiccional."

Con frecuencia los centros administradores de arbitrajes tales como las Cámaras de Comercio o Asociaciones de Profesionistas, emplean otros medios solucionadores de

controversias que no responden o encajan dentro de los medios heterosolucionadores, sino autocompositivos, previos al arbitraje o a un medio heterocompositivo. En éstos medios, las partes mismas solucionan su controversia. El Arbitraje es un medio heterosolucionador semejante al proceso jurisdiccional, pero en ocasiones los árbitros propician medios autocompositivos, como la mediación, la conciliación o la transacción⁸⁷. El fin dichos medios autocompositivos es precisamente evitar los procesos en los que un tercero dirima la controversia, bajo la premisa de que las partes acuerden por voluntad propia la solución y no se les imponga bajo la fórmula popular de "más vale un mal arreglo que un buen pleito o juicio".

3.1. Conciliación.

La conciliación es un medio que con el solo hecho de pronunciar esa palabra produce un efecto favorable para la solución de un conflicto de intereses cuando se está frente a tal caso. Es una de las formas más antiguas de solucionar

⁸⁷ SILVA, Jorge Alberto.

controversias. A diferencia de otros medios autocompositivos de solución de controversias, en la conciliación el tercero asume un papel más activo, consistente en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias. En la conciliación se requiere la proposición de fórmulas por parte del tercero extraño para que las partes solucionen su conflicto. El conciliador no sólo se encarga de ayudar a las partes a solucionar su conflicto, sino que además, les propone la forma de solucionarla.⁸⁸

En síntesis, el maestro Contreras Vaca apunta: "Existe un compromiso y la labor del conciliador consiste únicamente en proponer a las partes una solución al conflicto, con fundamento legal o sin él."⁸⁹

3.2. Mediación.

Es un medio de solución de controversias en el que las partes, guiadas por un tercero extraño, las solucionan.

⁸⁸ ídem, página 11.

⁸⁹ CONTRERAS VACA, Francisco José, op. cit, nota 12, página 228.

Consiste en el simple intento, por parte del mediador, de acercar las partes en el conflicto⁹⁰. El elemento clave de la mediación es el mediador. Este es el que debe procurar los medios óptimos para lograr que las partes solucionen su conflictiva. En la mediación, la solución no es propuesta por el tercero, sino que es "descubierta" por las partes mismas⁹¹.

3.3. Transacción.

La transacción es indudablemente la figura característica de autocomposición bilateral. Es decir, es un negocio jurídico a través del cual las partes mediante el pacto, mediante al acuerdo de voluntades, encuentran la solución de la controversia o litigio.⁹²

La transacción puede asumir uno de dos tipos: ya sea el de transacción extraprocesal, o el de transacción intraprocesal. Si la transacción se produce antes de que se inicie el proceso

⁹⁰ ídem, página 227.

⁹¹ SILVA, Jorge Alberto, op. cit., nota 87, página 9.

⁹² GÓMEZ LARA, Cipriano, op. cit., nota 25, página 29.

arbitral o jurisdiccional, la transacción es extraprocesal, y si se produce durante la tramitación del proceso arbitral o jurisdiccional, es una transacción intraprocesal.

Como se anotó, la transacción es una forma autocompositiva, en donde las partes haciéndose recíprocas concesiones llegan a un acuerdo que soluciona su conflicto⁹³.

En la transacción no se requiere de manera necesaria el empleo de un mediador, o de un conciliador, ni se requiere que éste haga la proposición de solución. En el procedimiento empleado para obtener la transacción intraprocesal, generalmente son las mismas partes litigantes las que proponen la solución, y el árbitro o juez no siempre tiene conocimiento de los procedimientos o negociaciones, al que las partes normalmente ignoran, aunque después le comuniquen que ya se llegó a un acuerdo solucionador.

Sobre la transacción, los tribunales colegiados en México han pronunciado criterios como el que sigue respecto a su

⁹³ El artículo 2944 del Código Civil define la Transacción como "...el contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura."

carácter intraprocesal (judicial) o extrajudicial, así como el de tener fuerza de cosa juzgada: "De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 500 y 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la Sección Primera del Capítulo V, del Título séptimo de ese ordenamiento, que regula la procedencia de la vía de apremio, contrariamente a lo aducido por el juez de Distrito, si es aplicable a la ejecución de los contratos de transacción, ya sean celebrados en forma judicial o extrajudicial, porque la citada ley adjetiva no hace distinción; por otro lado, los mencionados contratos no requieren de la declaración del órgano jurisdiccional, de que tienen la calidad de cosa juzgada, porque tal calidad se las concede expresamente el artículo 2953 del Código Civil, y tampoco es necesario que se celebre en un juicio o que pongan fin a un procedimiento arbitral, por su validez y ejecución, de conformidad con los numerales 2944 y 533 de los ordenamientos sustantivo y adjetivo citados.

Tribunales Colegiados de Circuito; Semanario Judicial de la Federación; 8a. época; Tomo: VII Junio; Página: 453; Rubro: TRANSACCIÓN, CONTRATOS DE, CELEBRADOS EN FORMA JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL. TIENEN CALIDAD DE COSA JUZGADA Y EN PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO.

Precedentes:

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
Amparo en revisión 149/91. María del Carmen Pardo de Candia. 25
de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis
Caballero Cárdenas. Secretario: Alejandro Javier Pizana Nila."

CAPITULO IV

DEL ACUERDO DE ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL

4.1. Aspectos Generales. Como se ha expuesto, el Arbitraje consta de varios elementos, los cuales en conjunto tienen como objeto la resolución de conflictos comerciales.

Las relaciones jurídicas que nacen en cada paso por el que se desarrolla el Arbitraje comercial nacional son variadas. Así, se tiene que por lo que respecta a:

1.- El acuerdo de Arbitraje: existe un compromiso para acudir ante el tribunal arbitral que corresponda cuando la controversia prevista en el mismo surja, a efecto de resolverla. La relación jurídica o el compromiso es interpartes y no existe nadie más involucrado en el mismo;

2.- El proceso del Arbitraje: hay una relación procesal extrajudicial por la que las partes, probarán ante el tribunal arbitral los hechos y éste pronunciará su resolución siguiendo lo previsto en el acuerdo de Arbitraje (v.gr. estricto derecho o de equidad).

El proceso será llevado a cabo bajo las reglas que las partes hayan pactado (v.gr. Código de Comercio, Cámara de Comercio de la Ciudad de México, American Arbitration Association) independientemente de si alguna Cámara u organismo internacional (v.gr. Cámara Internacional de Comercio) administra el Arbitraje, es decir, no es lo mismo la administración del Arbitraje que Arbitrar, éste último siempre se lleva a cabo por el árbitro o árbitros que al efecto se determinen conforme a las reglas de Arbitraje que las partes hayan establecido.

La relación jurídica existente es, respecto a las partes, en litigio y el tribunal arbitral. En caso de que sea alguna institución u organismo que administre el Arbitraje, ésta o éste tendrán las obligaciones y derechos en relación con las partes como se pacte entre las mismas (partes - administrador del Arbitraje), diferente de la relación árbitro o tribunal arbitral y la de éste respecto del administrador del Arbitraje, que se regirá por el acuerdo que tengan. Así mismo, podrá intervenir un juez estatal al que le sea requerido que disponga ciertas resoluciones que obligarán a las partes (v.gr. sometimiento al Arbitraje, medidas precautorias, sometimiento al laudo);

3.- El laudo arbitral obliga a las partes al cumplimiento de lo que en él se prevé. Es el acto que pone fin naturalmente al Arbitraje.

Dejando para un posterior estudio los elementos a que se refieren los puntos 2 y 3 anteriores, es necesario considerar, como así se intenta a continuación, lo que implica en México, la existencia del acuerdo de Arbitraje comercial.

Es importante destacar la importancia del Acuerdo de Arbitraje, ya que es el requisito *sine qua non* para que se celebre un Arbitraje comercial en México. Es decir, si no existe el mismo, la expresión de la voluntad de las partes de someterse a un proceso arbitral, entonces el Arbitraje será un hecho con efectos jurídicos cuestionables de acuerdo a las disposiciones legales.

Normalmente, las partes en una relación comercial, se presentan ante la opción de solucionar sus controversias presentes o futuras mediante el Arbitraje. La idea *per se*, por lo menos en México, de llevar un proceso de solución de controversias cien por ciento confidencial, más expedito, ante

jueces privados expertos en la materia del conflicto que sólo se dedicarán a resolver el mismo (así se entiende), es una idea sumamente atractiva. Sin embargo, se tiene en principio el dilema de cómo es que se puede llevar a cabo semejante maravilla. Surge entonces a discusión el asunto respecto al Acuerdo de Arbitraje. Los pormenores del mismo se intentan exponer en este trabajo.

4.2. Naturaleza Jurídica y Terminología.

Tradicionalmente en materia civil y mercantil, todo acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones se le llama Convenio⁹⁴; Contratos serán los convenios que producen o transfieren derechos y obligaciones⁹⁵.

En el caso particular del acuerdo de Arbitraje se está en presencia de un convenio que produce derechos y obligaciones

⁹⁴ Artículo 1792 del Código Civil: Convenio es el acuerdo entre dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

⁹⁵ Artículo 1793 del Código Civil: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

recíprocas, es decir un Contrato. Sin embargo es conveniente - por la naturaleza comercial y *sui generis* del Acuerdo de Arbitraje- el que se conserve ésta denominación. Es decir, la naturaleza jurídica del Acuerdo de Arbitraje es la de un Contrato.

El legislador precisamente le dio una denominación particular que no hay por qué hacer similitud o analogía, al menos en principio con el nombre del mismo, respecto a otras denominaciones como podrían ser las de cláusula, compromiso, contrato o convenio. Si acaso por el establecimiento de reglas de supletoriedad, se le pudiera aplicar algunas reglas de las obligaciones contractuales al acuerdo de Arbitraje, esto no es justificación para que si tiene su nombre, se le indique de forma diferente. Es decir, si por las normas aplicables en México, respecto a las fuentes de las obligaciones, aparece que el Acuerdo de Arbitraje es un Convenio o Contrato, sería impreciso denominarlo de esa forma. Además, dependiendo de la terminología se debiera de entender distintas situaciones, por lo que su nominación indistinta causa problemas de interpretación.

Más sin embargo la poca popularidad del Arbitraje o su circunscripción a un círculo elitista hace que normalmente se le nombre, por lo que respecta al Acuerdo de Arbitraje, como un contrato, quizá como una exteriorización de quien lo nombre, con el objeto de romper las barreras psicológicas, propias de la cultura jurídica en México, respecto a la naturaleza del Acuerdo de Arbitraje. De esa forma, se hace una referencia a algo tan común dentro de las fuentes de las obligaciones como pudiera ser un contrato. Por otro lado, existen los casos en donde parece ser atrevido decir que el Acuerdo de Arbitraje es un contrato, sin embargo, no obstante lo es, se seguirá en este trabajo la máxima de que a las cosas se les dice por su nombre. Respecto a las especies de Acuerdos de Arbitraje, según se explicará más adelante, no hay una nominación -académica al menos- uniforme a las mismas y por lo mismo, según de quien las explique, tendrán una denominación particular no obstante en su esencia sean las mismas.

4.3. Conceptos.

Respecto del concepto legal del acuerdo de Arbitraje se tiene en principio la que se prevé en el Código de Comercio, mismo que se inspira primordialmente en la Ley Modelo de la

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, como se expondrá a continuación.

El Código de Comercio en su artículo 1416 fracción I, define al "Acuerdo de Arbitraje" como: "el acuerdo por el que las partes deciden someter todas o ciertas controversias - conflicto de intereses o litigio- que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".⁹⁶

4.4. Presupuestos.

Siguiendo el concepto de Acuerdo de Arbitraje Comercial del Código de Comercio, el objeto del mismo será el someter todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre partes respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

⁹⁶ Ley Modelo Uncitral (o CNUDMI) en su artículo 7, lo define como un acuerdo por el que las partes deciden someter todas ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Su semejanza con la definición del Código de Comercio está a la vista.

En virtud de lo anterior, en principio se debe presuponer que ante la existencia de un Acuerdo de Arbitraje Comercial debe existir una relación jurídica de carácter Comercial o mercantil.

Dicha relación jurídica Comercial no necesariamente tiene que tener su origen en un contrato. Siendo los contratos una especie del género convenio, el cual implica un acuerdo entre dos o más personas (artículo 1792 del Código Civil), entendiéndose entonces que la relación jurídica que origina la controversia pudiera originarse a su vez, no de un acuerdo de voluntades (convenio o contrato) sino de un acto unilateral (v.gr. declaración unilateral de la voluntad).

No obstante lo anterior, el Acuerdo de Arbitraje debe ser celebrado por las partes en la relación jurídica Comercial respecto de ciertas o todas la controversias que hayan surgido o que surjan.

4.5. Clasificación.

El Acuerdo de Arbitraje como contrato, y a la luz del Derecho civil, se clasificaría como un contrato bilateral, accesorio, oneroso o gratuito y aleatorio.

4.5.1. Bilateral. Como se ha expuesto, el Acuerdo de Arbitraje implica la concurrencia de las voluntades de las partes, mismas que deciden el perfeccionamiento del mismo, es decir, se obligan recíprocamente (Cfr. Artículo 1836 del Código Civil).

4.5.2. Principal. El Acuerdo de Arbitraje necesariamente debe recaer sobre controversias presentes o futuras entre las partes, derivadas de una relación jurídica (primera, no principal), contractual o no contractual.

No obstante el Acuerdo de Arbitraje podrá revestir la forma de una cláusula compromisoria en un contrato (como se enunciará más adelante) no será una cláusula que se refiera a los requisitos esenciales o a las consecuencias naturales de dicha relación jurídica primera, ya que por su objeto y fin, puede subsistir separadamente y surtir sus efectos legales

incluso, para efecto de determinar la validez de las demás cláusulas del contrato correspondiente cuyas obligaciones, se haya previsto el Arbitraje en caso de controversia. En el mismo sentido, el Código de Comercio en su artículo 1432 establece que la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las estipulaciones del contrato.

4.5.3. Oneroso o Gratuito. La onerosidad o gratuidad del Acuerdo de Arbitraje dependerá en principio y como es usual del acuerdo de las partes, ya sea por pacto expreso en el mismo o bien, derivado de la aplicación de las reglas del proceso arbitral a las que se adhieran las partes y en este último caso, según se haga la excepción por el árbitro o árbitros a la regla general de que las costas del Arbitraje serán a cargo de la parte vencida (Cfr. Artículo 1455 del Código de Comercio).

Es así que, como consecuencia natural de la ejecución de un Acuerdo de Arbitraje se origina un proceso arbitral. Este proceso genera por lo menos costas y honorarios de los árbitros. Así mismo y según como se explica en el primer párrafo de esta sección, el o los árbitros pudieran determinar en su resolución en provechos y gravámenes recíprocos - quizá

no en igual proporción- respecto a la controversia a resolver o sobre dichos conceptos tales como costas y honorarios. Sobre esta base, el Acuerdo de Arbitraje se podría clasificar como oneroso.

Por otro lado, en los casos en los que el vencido quede obligado a sufragar todos los conceptos erogados derivados de la ejecución del Acuerdo de Arbitraje, entonces se estará, según el caso, en presencia de un contrato gratuito, ya que el provecho será para sólo una de las partes. En principio y se podría afirmar que por regla general, de origen, el Acuerdo de Arbitraje es gratuito, al menos en el ámbito de la voluntad e intención de las partes cuando se celebra el mismo. Lo anterior, en base a que generalmente, se entiende, que la intención de cada parte en el Acuerdo de Arbitraje es el tener el provecho para sí y no uno recíproco. Es decir, cuando se prevé una controversia futura o se contempla una presente, normalmente se tiene la intención de que uno - cada parte- tendrá la razón y el provecho será para uno y no para la otra. En cualquier caso, cabe mencionar, el tribunal arbitral, el cual es integrado por uno más árbitros, los o el mismo(s) realizan una labor remunerable por lo que el costo de sus servicios causaría un "honorario".

4.5.4. Aleatorio. Ya que la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento incierto se realice (Cfr. Artículo 1838 del Código Civil). Dicho acontecimiento incierto es el laudo arbitral (Cfr. Artículo 1455 del Código de Comercio referente a las causas de nulidad del laudo).

En estricto sentido, se podría decir que una de las finalidades del Acuerdo de Arbitraje Comercial es el llegar a un laudo del tribunal arbitral que resuelva el conflicto, sin embargo, el laudo no necesariamente se actualiza. Las actuaciones arbitrales del tribunal correspondiente terminarán (cfr. artículo 1449 del Código de Comercio) bien por el pronunciamiento del un laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral cuando: a) el actor retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el Tribunal Arbitral reconozca su legítimo interés en obtener una solución definitiva del litigio; b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; y c) el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

4.6. Tipos.

El Acuerdo de Arbitraje es la expresión genérica de la voluntad de las partes en una relación comercial, para resolver conflictos que en el mismo se disponga, haya surgido el conflicto o no. Es decir, en este sentido tenemos cualquier tipo de acuerdo por el cual se pacte el Arbitraje comercial.

Como especies de Acuerdo de Arbitraje, se pueden clasificar los siguientes⁹⁷: Acuerdo o Cláusula preliminar, Cláusula Compromisoria, Acuerdo de Arbitraje en sentido estricto o Compromiso Arbitral. Estas especies se clasifican según su forma, tiempo en que se celebran, objeto o por el origen del litigio; así mismo y para el caso excepcional del Arbitraje *ad hoc* (supra) el contrato de Arbitraje, que en palabras del maestro Becerra Bautista, "...en el contrato de Arbitraje, se delimitan las obligaciones y derechos de los árbitros frente a las partes"⁹⁸.

⁹⁷ Otras clasificaciones Cfr. SILVA, Jorge Alberto, op. cit., nota 87.

⁹⁸ BECERRA BAUTISTA, José, op. cit., nota 70, página 408.

Con el propósito de tener una apreciación más clara respecto a los tipos de Acuerdo de Arbitraje se clasifican en este documento por:

- Su forma;
- el tiempo en que se celebran;
- su objeto; y
- por el origen del litigio.

De acuerdo a sus características, el maestro Contreras Vaca clasifica el Acuerdo Arbitral como sigue:

- "1. Compromiso arbitral. En el que las partes someten la resolución de un conflicto ya existente al arbitraje, creando formalmente un convenio para solucionarlo, y

2. Cláusula compromisoria. Existe un acuerdo de someterse al arbitraje, anterior al surgimiento del conflicto en forma de cláusula dentro de un contrato principal, y

3. Contrato de arbitraje. Que celebran las partes y el árbitro definiendo sus derechos y obligaciones en la solución del litigio.”⁹⁹

4.6.1. Por su forma.

4.6.1.1. Acuerdo preliminar o Acuerdo de Arbitraje en sentido estricto (también denominado “Compromiso en Árbitros”), ambos aparecen en el documento o bien separado del que originó u originará la relación jurídica inter partes de la que se derivó o derivará la controversia a resolver, respectivamente.

4.6.1.2. Cláusula Compromisoria o Preliminar. Esta es incluida generalmente en el texto del documento que originó - en el caso de la cláusula compromisoria- u originará - cuando es cláusula preliminar- la relación jurídica inter partes de la que se derivó o derivará la controversia a resolver, respectivamente.

⁹⁹ CONTRERAS VACA, Francisco Javier, op. cit., nota 12, página 229.

4.6.2. Por el tiempo en que se celebran.

4.6.2.1. Acuerdo o Cláusula Preliminar y Cláusula Compromisoria. Ambos se celebran con anterioridad a que surja la controversia a resolver.

4.6.2.2. Acuerdo de Arbitraje en sentido estricto. Este se celebra una vez que surja una controversia entre la partes de una relación comercial, es decir, en ses momento, las partes deciden someterla a la resolución mediante Arbitraje.

4.6.3. Por su objeto.

No obstante el Acuerdo de Arbitraje en sentido amplio es la controversia comercial, como más adelante se abundará, dentro de las especies del mismo existen ciertas anotaciones que hacer.

4.6.3.1. El Acuerdo Preliminar tiene por objeto, en sentido estricto, el que una vez que surja la controversia en la relación comercial prevista por las partes, éstas celebrarán un Acuerdo de Arbitraje para someter dicha controversia al Arbitraje. Este acuerdo es preliminar o una promesa de

Arbitraje mismo que podrá actualizarse aún ante la negación de una de las partes.

Las razones por la que existe esta figura y por la que en su caso, las partes no decidan celebrar un Acuerdo de Arbitraje en sus otras modalidades, pueden ser distintas. Es decir, se parte de la base de que, no obstante todo Acuerdo de Arbitraje esta sujeto a que surja una controversia a resolver respecto a una relación comercial particular, existen otras condiciones que las partes contemplan para la sujeción al proceso arbitral.

Dichas condiciones, las que quieran las partes, deberán cumplirse antes de que además se presente la controversia prevista; de otro modo, sería inútil celebrar este acuerdo ya que sólo se corre el riesgo o se da la oportunidad a una de la partes a retrasar el procedimiento arbitral en su caso.

En los términos del artículo 2246 del Código Civil: "Para que la promesa de contratar sea válida deberá constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo."

La limitación a cierto tiempo y las condiciones para la celebración del Acuerdo de Arbitraje no se contraponen. Mientras la limitación se enuncia como requisito de validez de la promesa de Arbitraje, las condiciones se enuncian como un requisito de éxito del contrato preparatorio válido, si contiene la limitación antes mencionada.

Se puede afirmar que el Acuerdo Preliminar de Arbitraje o promesa de Arbitraje tiene dos objetos:

a) el objeto inmediato que se refiere a que, una vez cumplidas las condiciones pactadas en el mismo (incluida la controversia futura a resolver) se celebre un acuerdo definitivo de Arbitraje; y

b) el objeto mediato, el que se lleve a cabo un proceso arbitral que tenga como fin el que la controversia se resuelva por medio del Arbitraje. Se enuncia este objeto mediato con base en lo previsto en el artículo 2247 del Código Civil el cual, respecto a la promesa, establece que si el promitente rehusa a firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez. Es

así que se parte de la base legal de que existe una norma que protege la consecución del fin de dicho objeto.

El fin inmediato es el que el acuerdo definitivo de Arbitraje se celebre y el mediato, el que la controversia suscitada y prevista en dicho acuerdo preliminar se resuelva mediante un proceso arbitral.

Respecto a éste último punto, la controversia a resolver pudiera plantearse de forma general, es decir, todas las controversias que se susciten respecto a la relación comercial interpartes; sin embargo, sería lógico el pensar que en el momento de celebrar el acuerdo definitivo, se limite el Arbitraje a las controversias ya suscitadas, limitándose a éstas.

En virtud de lo anterior, pudiera darse el caso de que, en presencia de una nueva controversia, diferente a la que un Arbitraje esté resolviendo o haya resuelto, se requiera nuevamente, la formación de otro proceso arbitral para resolver la nueva controversia.

4.6.3.2. Cláusula Arbitral o Compromisoria. Esta tiene por objeto el que se instaure un proceso arbitral que tendrá que resolver exclusivamente las controversias futuras y de la forma prevista en la misma. Su único objeto es el que un proceso arbitral se lleve a cabo.

Igualmente, si sólo se planteó en forma general, que todas las controversias derivadas de la relación comercial inter partes se resolverán a través del Arbitraje, entonces, para el caso de que dicha relación comercial siga en vigor y surja una nueva controversia, otro proceso arbitral podrá ser llamado bajo el Acuerdo de Arbitraje original, sin necesidad de un nuevo Acuerdo de Arbitraje ya que se entiende que ese Acuerdo original, abarca todas, y no en una sola ocasión, sino que en tiempos diferentes.

No obstante lo anterior, si sólo se previó la resolución de ciertos asuntos o controversias futuras mediante el Arbitraje, una vez que se inicie y se concluya el proceso o procesos arbitrales correspondientes, la cláusula compromisoria no tendría objeto o materia.

4.6.3.3. Acuerdo de Arbitraje en sentido estricto. En objeto de éste, es el que se proceda al Arbitraje de una controversia suscitada (con anterioridad) y derivada de una relación comercial. Es una acuerdo a *posteriori*.

4.6.4. Por el origen del litigio.

4.6.4.1. Cláusula Preliminar o Compromisoria. Estas se encontrarán normalmente incluidas dentro de un convenio o contrato (en términos generales) y de ahí que se pueda afirmar que el origen del litigio, controversia o conflicto de intereses es contractual.

4.6.4.2. Acuerdo de Arbitraje en sentido estricto o Preliminar. Ambos tienen una forma distinta a la del documento o documentos, datos o información que evidencien la relación comercial que originó el litigio.

Esa relación comercial puede o no evidenciarse en forma de un convenio o contrato como tal, nominado como tal en alguna ley, sino que simplemente por no requerirse mayores formalidades existe y se prevé a *priori* (Acuerdo preliminar) o a *posteriori* (Acuerdo de Arbitraje en sentido estricto) que el

conflicto de intereses se resolverá en Arbitraje como entonces se pacte y por consiguiente se puede afirmar, el que el origen de dicho litigio es extracontractual.

4.7. Aspectos Generales de la inexistencia y nulidad.

Como se ha explicado, el requisito *sine qua non* para que se lleve a cabo un proceso arbitral es la existencia de un Acuerdo de Arbitraje.

Así mismo, deberá existir para la validez del Acuerdo de Arbitraje comercial, la designación del negocio o negocios que se sujete a juicio arbitral, pues si falta ese requisito es nulo de pleno derecho conforme a la doctrina civilista¹⁰⁰. Sin embargo, no se impide que se produzcan provisionalmente los efectos, más aún si las partes ratifican el Acuerdo de Arbitraje comercial mediante la contestación de demanda y/o designación de los árbitros o árbitro.

¹⁰⁰ Así la opinión del maestro Becerra Bautista respecto al arbitraje en materia civil, Cfr. BECERRA BAUTISTA, José, op. cit., nota 70, página 408.

Habría que distinguir entre los distintos tipos de Acuerdo de Arbitraje comercial , ya que en los casos en los que la controversia ya se presentó, sería casi imposible pensar en que no se hiciera la designación del negocio en controversia a resolver.

En los casos en que no se hace la designación de un negocio sujeto al Arbitraje comercial y no se prevé la controversia futura, si se trata de una cláusula arbitral o preliminar de Arbitraje comercial incluida en un contrato o convenio, se dificulta la prueba de que el supuesto que motivo dicha cláusula fue otro que el negocio contemplado en el correspondiente contrato o convenio. En éstos casos y en los del párrafo anterior, no existiría dicha nulidad de pleno derecho, no por que se entiendan casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar, sino todo lo contrario.

Quizá, el caso de nulidad de pleno derecho por falta de designación del negocio o negocios que se sujetarán al proceso arbitral previsto, será aquel de un Acuerdo de Arbitraje comercial en un instrumento distinto al de un contrato o convenio y en el que se contemplen controversias futuras entre

las partes contratantes - del Acuerdo de Arbitraje comercial- sin designación específica de negocio o negocios sobre el cual o cuales se haría efectiva dicho Acuerdo de Arbitraje.

4.8. Inexistencia.

Para la existencia del Acuerdo de Arbitraje se requiere:

a) Consentimiento: de someterse a un proceso arbitral comercial.

b) Objeto que pueda ser materia del Acuerdo de Arbitraje.

Requisitos de Existencia

Sobre los requisitos de existencia -Consentimiento y Objeto- se sigue en este trabajo la teoría como la explica el maestro José Luis de la Peza al no considerar "lo que los clásicos franceses denominan la inexistencia, a pesar de que nuestro Código -civil- recoge esta teoría... Por elemental cordura, lo que no existe no puede ser materia de estudio ni objeto de relación jurídica. Los actos que la ley califica como

inexistentes son a fin de cuentas actos humanos que se efectuaron en la realidad, con la pretensión de ser actos jurídicos, y tienen por lo menos una apariencia, que puede producir efectos si no hay una resolución judicial que lo impida. En resumen, ... no existe una diferencia práctica entre la inexistencia y la nulidad."¹⁰¹

Sobre este mismo punto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que la falta de los elementos para que ciertos contratos sean válidos, no produce la inexistencia de los mismos por tratarse de contratos que "produce(n) una serie de importantes efectos que, si fueran inexistente, no sería posible imaginar"¹⁰².

¹⁰¹ DE LA PEZA Muñoz Cano, José Luis

De las Obligaciones

México. McGraw-Hill. 1997. Página 136.

¹⁰² COMPRAVENTA DE COSA AJENA. La venta de cosa ajena es nula, no inexistente, porque si bien es verdad que la ley establece como requisito esencial para la existencia de todo contrato, el consentimiento de las partes contratantes, en el caso no puede decirse que falte dicho requisito, puesto que existe el consentimiento del vendedor de realizar la compraventa, si bien se trata de un consentimiento otorgado por el no propietario; además de que se trata de un contrato que produce una serie de importantes efectos que, si fuera inexistente, no sería posible imaginar.

Con base en lo anterior se seguirá con la exposición respecto a lo que se refiere a la nulidad y requisitos de validez del Acuerdo de Arbitraje comercial.

Quinta Epoca:

Suplemento de 1956, Pág. 111. A.D. 8925/59. Catalina P. de Parkman. Unanimidad de 4 votos.

Cabe hacer notar que por lo que respecta al consentimiento deben existir elementos suficientes para que se pueda comprobar la existencia del Acuerdo de Voluntades respecto al negocio en específico. En este sentido, se cita un ejemplo de criterio sostenido respecto a la falta de consentimiento:

COMPRAVENTA, INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE, POR FALTA DEL CONSENTIMIENTO DEL VENDEDOR. (LEGISLACION DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI). El artículo 1630 del Código Civil de San Luis Potosí dispone que para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser materia del contrato; y si en un caso falta la señal del consentimiento del vendedor o sea su firma, y no se prueba de alguna otra manera que realmente haya consentido en la venta, el contrato no existe, por faltarle uno de sus elementos esenciales.

Quinta Epoca:

Tomo CXXVIII, Pág. 146. A.D. 5263/55. María Santiago Jasso Vda. de Estrada. 5 votos.

APENDICE DE JURISPRUDENCIA 1917-1988 AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. SEGUNDA PARTE. SALAS Y TESIS COMUNES. VOL. IV. PAG. 1940.

4.9. Nulidad

4.9.1. Causas de invalidez¹⁰³

El Acuerdo de Arbitraje puede ser invalidado por:

- a) Por incapacidad de alguna de las partes o de una de ellas;
- b) Por vicios del consentimiento;
- c) Por que su objeto, o motivo o fin, sea ilícito.

(i) Capacidad. De conformidad con el artículo 1798 del Código Civil, son hábiles para celebrar un Acuerdo de Arbitraje, todas las personas no exceptuadas por la ley.

Se tiene en principio, que el Acuerdo de Arbitraje objeto de este trabajo, versaría sobre un conflicto derivado de alguna relación jurídica comercial. Por lo que, salvo los comentarios a que se referirá la sección relacionada a la representación, serán capaces para celebrar el Acuerdo de

¹⁰³ Es importante anotar que, de conformidad con el artículo 81 del Código de Comercio, "Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos".

Arbitraje los que en principio tuvieron la capacidad para celebrar o llevar a cabo dicha relación u operación comercial a la que se refiere este párrafo. Es decir, el que tiene capacidad para ejercer el comercio.

Para ejercer el comercio se requerirá el ser comerciante o no estar exceptuado por alguna ley para celebrar actos de comercio.

Por lo que respecta a la calidad de comerciante, existen ciertas actos de comercio que están sujetos a concesión, autorización, constitución (v.gr. operación de una red pública de telecomunicaciones, servicios de banca y crédito). Así mismo, el Código de Comercio incluye la prohibición para ser comerciante a los declarados judicialmente en quiebra que no hayan sido rehabilitados (fracción II del artículo 12) y a los reos de delitos contra la propiedad (fracción III del artículo 12). Por lo que respecta a ciertas profesiones (v.gr. corredor público, notario público, agentes aduanales) existen limitaciones en las leyes respectivas que prevén la

incompatibilidad de dichos profesionistas para ser comerciantes.¹⁰⁴

Sobre la capacidad y la nulidad la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido criterios como el que se transcribe a continuación:

"NULIDAD. FALTA DE CAPACIDAD, EN UNO DE LOS CONTRATANTES. La falta de capacidad de uno de los contratantes, no da origen a una nulidad de carácter absoluto, desde el momento en que puede convalidarse, cesando el motivo de nulidad, si no concurre otro, mediante la ratificación; no tratándose de una nulidad de carácter absoluto, en la cual pudiera estar incluso el interés público, en términos de que oficiosamente pudiera tomarse en cuenta para poder negar la validez de la obligación, sino de una nulidad relativa, ésta debe ser materia de una excepción, y sin este requisito, no puede ser materia de la sentencia."¹⁰⁵

¹⁰⁴ MANTILLA MOLINA, Roberto L., op. cit., nota 10, Capítulo V. Sujetos de Derecho Mercantil. página 85 a 104.

¹⁰⁵ APENDICE DE JURISPRUDENCIA 1917-1988 AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. SEGUNDA PARTE. SALAS Y TESIS COMUNES. VOL. IV. PAG. 1940.

(ii) Representación. El que tiene capacidad para contratar, es hábil para hacerlo por otro legalmente autorizado; ese otro deberá estar autorizado por la ley o por quien debiera hacerlo.¹⁰⁶

Es decir, el que actúa en un Acuerdo de Arbitraje comercial deberá estar autorizado por el titular de los intereses comerciales en litigio a través de un mandato¹⁰⁷. Siendo que no existe disposición legal respecto a la intervención personal del interesado para efecto de comprometer en árbitros, y siendo el Acuerdo de Arbitraje *per se* un acto lícito, luego entonces éste puede ser objeto del mandato.

Quinta Epoca:

Tomo XXXIX, Pág. 2497. Reyes Vicente.

¹⁰⁶ Por la parte en la relación comercial de la cual se origina un litigio sobre el cual se pretende resolver mediante proceso arbitral. Véanse artículos 1800 y 1801 del Código Civil.

¹⁰⁷ Artículo 2546 del Código Civil.

El mandatario deberá tener específicamente la facultad a que se refiere la fracción III del artículo 2587 del Código Civil que dice:

"El procurador no necesita poder o cláusula especial, salvo en los siguientes casos: ... III. para comprometer en árbitros;..."¹⁰⁸.

Se está en presencia de un mandato judicial que requiere que se otorgue en escritura pública o en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez de los autos.¹⁰⁹

(iii) Objeto. El objeto del Acuerdo de Arbitraje es precisamente una controversia derivada de una relación contractual o no, presente o futura.

¹⁰⁸ De conformidad con el último párrafo del artículo citado (2587), cuando en lo poderes generales se desee conferir esta facultad se estará a lo previsto en el artículo 2554 del mismo ordenamiento que a la letra dice:

"En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferido sin limitación alguna."

¹⁰⁹ Cfr artículo 2586 del Código Civil.

Para el caso de controversias futuras, no es en si la falta de determinación en el acuerdo de Arbitraje de cuál controversia se resolverá, lo que haría que careciera de objeto el acuerdo de Arbitraje, sino la falta de elementos que pudieran determinar sobre qué asuntos de la relación jurídica preexistente, en caso de controversia, se podrá hacer valer el acuerdo de Arbitraje.

(iv) Motivo o Fin. El fin del acuerdo de Arbitraje será, el que se lleve a cabo un proceso arbitral. Para este caso y sobre la ejecución del acuerdo de Arbitraje, es conveniente atender al contenido de dicho acuerdo ya que se deberán cumplir ciertos requisitos de contenido para agilizar el inicio, al menos, del proceso arbitral (v.gr. Reglas del proceso y particularmente, la forma de nombrar al árbitro o árbitros).

Cabe hacer las siguientes observaciones con el fin de aclarar el punto sobre los motivos o fines ya que el Arbitraje comercial y en general, la institución del Arbitraje, a este respecto se presta a confusiones. La razón principal es la

pluralidad de actos jurídicos que involucran los casos de Arbitraje.

Con base en lo anterior, en primera instancia se parte del supuesto de que existe una relación jurídica, contractual o no, que tendrá sus fines propios según el caso.

En segundo término, se tiene un caso doble:

x) un acuerdo preliminar de Arbitraje comercial, el que su fin será que las partes involucradas, celebren un acuerdo de Arbitraje previendo la posibilidad de que surjan controversias respecto de la relación jurídica que tienen o que éstas ya se hayan actualizado y, en todo caso, el que se solucionarán bajo un proceso arbitral. En este caso, el fin del acuerdo preliminar será el de celebrar un acuerdo de Arbitraje y no otro.

y) un acuerdo de Arbitraje, cuyo fin es esencialmente el que se lleve a cabo un proceso arbitral respecto al objeto del mismo, es decir, una controversia derivada de una relación jurídica contractual o no, presente o futura. Dicho en forma más específica, el fin del acuerdo de Arbitraje será, el que

una vez actualizada la controversia prevista en el acuerdo correspondiente, se nombre al árbitro o árbitros, según las reglas que se hayan pactado y entonces, se lleve a cabo un proceso arbitral.

z) Por último, se tiene que el fin de lo que comúnmente se le llama como Arbitraje comercial o proceso arbitral, es precisamente la suma de los fines anteriores con el fin propio, dicho precisamente, el resolver la controversia respecto a una relación jurídica como se ha explicado, controversia que surge en la consecución del propio fin de la relación jurídica correspondiente. Lo anterior implica que, el éxito del fin del proceso arbitral, la solución de dichas controversias, no puede surgir ni tener éxito sino mediante la existencia previa de un acuerdo de Arbitraje.

4.9.2. Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa

La nulidad absoluta y la relativa se distinguen en que la primera no desaparece por confirmación ni por prescripción; es perpetua y su existencia puede invocarse por todo interesado. La nulidad relativa en cambio no reúne estos caracteres. Sin embargo, en ambas el acto produce provisionalmente sus efectos,

los cuales se destruyen retroactivamente cuando los tribunales pronuncian la nulidad.¹¹⁰

En el caso del Acuerdo de Arbitraje comercial habrá que tener cuidado respecto al tipo del mismo que se está celebrando. Los elementos esenciales se cumplen en tanto así se pueda desprender de la voluntad de la partes, no así, en el caso de un acuerdo celebrado por separado de cualquier otro negocio al que no se pueda hacer referencia. Lo anterior, debido a que la falta de designación del negocio en controversia a resolver - como se indicó anteriormente- dentro del caso mencionado aquí, produce el que dicho acuerdo carezca de objeto, entonces, nulo de pleno de derecho.

Se tiene que el peor escenario de un Acuerdo de Arbitraje es el mencionado en el párrafo anterior, siempre que

¹¹⁰ RUBRO· NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. XIV, Pág. 212. A.D. 5526/57. Luis Méndez Vaca. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XVII, Pág. 184. A.D. 6442/57. María del Refugio Espinosa Bengos. 5 votos.

Vol. XXII, Pág. 35. A.D. 3346/58. Guillermo Freyria. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXVI, Pág. 155. A.D. 2216/58. Porfirio Ramos Romero. 5 votos.

Vol. XXXI, Pág. 79. A.D. 3932/58. Angeles de Vargas Amalia. 5 votos.

APENDICE 1917-1985, CUARTA PARTE, PAG. 576.

se obtenga una resolución favorable del juez correspondiente. En el mismo sentido, para los casos de nulidad relativa con el beneficio - para el Acuerdo de Arbitraje- de que no podrá ser impugnado por cualquier interesado y ratificado por las partes involucradas, produciendo provisionalmente sus efectos.

En todo caso, de conformidad con el artículo 1424 del Código de Comercio, se tendrá que comprobar que el acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, pudiéndose, no obstante, iniciar y proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez.

CAPITULO V
FORMA Y CONTENIDO DEL
ACUERDO DE ARBITRAJE COMERCIAL

5.1. Forma.

Siendo el Acuerdo de Arbitraje comercial una convención mercantil, por disposición expresa del Código de Comercio (artículo 78) la validez del acto comercial no dependerá de la observancia de formalidades o requisitos determinados, exceptuándose (artículo 79), los contratos que con arreglo a dicho ordenamiento u otras leyes, requieran formas necesarias para su eficacia, padeciendo entonces de no producir obligación.

Es así que, y como ya se expuso, el acuerdo de Arbitraje podrá adoptar la forma de cláusula compromisoria o la forma de un acuerdo independiente¹¹¹.

Respecto a la cláusula compromisoria, la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga la misma,

¹¹¹ Así lo dispone la fracción I del artículo 1416 del Código de Comercio.

constituirá acuerdo de Arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que dicha cláusula forma parte del contrato.¹¹²

El acuerdo de Arbitraje, según el Código de Comercio (artículo 1423) deberá constar por escrito y consignarse en:

a) documento firmado por las partes; o

b) intercambio de cartas, telex, telegramas facsímil u otros medios de telecomunicación (v.gr. e-mail) que dejen constancia (por escrito) del acuerdo; o

c) 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.

Respecto al punto "b)" anterior, partiendo de la base de que el Acuerdo de Arbitraje es un contrato mercantil, aplica la regla del artículo 80 del Código de Comercio que dispone que:

¹¹² Artículo 1423 (primer párrafo in fine) del Código de Comercio.

"Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada."

El mismo artículo propone una limitación sobre el uso de otros medios (la correspondencia telegráfica) en relación a que: "...sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubieren pactado." Se considera que aplica en este sentido lo referente a télex, facsímil u otros medios de telecomunicación.

En todo caso, la falta de forma del Acuerdo de Arbitraje, por no tratarse de un acto solemne, no produce más que la nulidad relativa¹¹³. Como tal, puede convalidarse.

¹¹³ ACTOS JURIDICOS, NULIDAD POR FALTA DE FORMA DE LOS. (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE GUERRERO). Si bien es cierto que la falta de forma produce la nulidad del acto jurídico, también lo es que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2228 y 2229 del Código Civil del Distrito Federal en vigor en el Estado de Guerrero, esta nulidad no es

5.2. CONTENIDO

El contenido del acuerdo de Arbitraje deberá cumplir con los requisitos de validez como son el consentimiento y el objeto, tal y como se han explicado anteriormente.

Por regla general, los pasos a seguir en el proceso arbitral se determinarán por el acuerdo de las partes involucradas. Lo anterior puede ser suplido acudiendo a un instituto u organización que tenga la capacidad y recursos suficientes para suplir la falta de regulación del proceso. Dicha falta incluye desde el número de árbitros que conformarán el tribunal arbitral hasta la forma de determinar el pago de gastos y costas que se generen.

absoluta sino relativa y, por lo mismo, únicamente puede hacerse valer por las partes que intervinieron en dicho acto jurídico.

Quinta Epoca:

Tomo CXXVI, Pág. 127. A.D. 2026/55. Lucio Navarrete Cayetano. Mayoría de 3 votos.

APENDICE DE JURISPRUDENCIA 1917-1988 AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. SEGUNDA PARTE. SALAS Y TESIS COMUNES. VOL. IV. PAG. 1940.

Con base en lo anterior, es recomendable que puntos básicos respecto al proceso arbitral se prevean en el acuerdo correspondiente v.gr. número de árbitros, lugar de Arbitraje, idioma (en caso de que alguna de las partes se relacione preferentemente en un idioma distinto al español); o bien, hacer referencia a algunas reglas de Arbitraje comúnmente aceptadas en casos similares (v.gr. Las expedidas por la Cámara Internacional de Comercio, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México).

Lo anterior no limita la facultad de la partes para establecer sus propias reglas del proceso arbitral siempre y cuando se respeten las formalidades esenciales del procedimiento¹¹⁴.

¹¹⁴ TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 539/92. Fernando Salinas Juárez. 12 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Lucio Marín Rodríguez.

Amparo directo 527/92. Roberto Quiroz Sánchez. 20 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rosa María Temblador Vidrio. Secretaria: Edith Cedillo López.

Amparo directo 563/92. Fabián Gallegos Herrera. 20 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rosa María Temblador Vidrio. Secretaria: Edith Cedillo López.

5.3. Modelos de Cláusulas.

A continuación se enunciarán ciertos modelos de cláusulas de arbitraje que podrían ser los más conocidos en México. Dichos modelos de cláusulas obedecen a la promoción que buscan ciertos

Amparo directo 567/92. Pablo Méndez Temoxtle. 26 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives.

Amparo directo 569/92. Melchor Márquez Antonio. 27 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Rosa María Temblador Vidrio. Secretaria: Edith Cedillo López.

APENDICE. SEMANARIO JUDICIAL. OCTAVA EPOCA. TOMO XI. MARZO 1993. TRIBUNALES COLEGIADOS. PAG. 144.

APENDICE. GACETA DEL SEMANARIO JUDICIAL. No. 63. MARZO 1993. PAG. 57.

Respecto a dichas formalidades esenciales del procedimiento, se encuentra como criterio aceptado al menos por los Tribunales Colegiados en materia penal, el que se transcribe a continuación:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. EN QUE CONSISTEN. (ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL).

Las formalidades esenciales del procedimiento a las que se contrae el artículo 14 constitucional consisten en la oportunidad que se otorga al quejoso de ser oído en la causa penal instruida en su contra y de probar lo que conviniere a sus intereses.

organismos con la capacidad de administrar arbitrajes, con el fin de evitar textos confusos y asegurar el sometimiento de controversias comerciales a los mismos sin mayor dilación.

1. Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO).
2. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CIC).
3. Cláusula Tipo de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuya sección mexicana tiene su sede en la misma CANACO.
4. Reglas de Arbitraje de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI" o por sus siglas en idioma inglés "UNCITRAL").
5. Cláusula tipo de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA).

Como se explicó anteriormente el arbitraje ante estos organismos se conoce como arbitraje institucional y tiene la

ventaja en cuanto el proceso del arbitraje es administrado por un tercero, lo que deja las partes en conflicto con la única preocupación de argumentar su causa y posteriormente, pagar las cuotas y honorarios correspondiente al organismo en cuestión.

5.3.1. CANACO.

Cualquier desaveniencia relacionada con este contrato será resuelta definitivamente por medio del arbitraje en la Ciudad de México, por un árbitro, salvo que las partes acuerden que sean tres, de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.

5.3.2. CIC.

Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

5.3.3. CIAC.

Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes de o relacionados con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá ser resuelto por medio del Arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial vigente en la fecha de este convenio.

5.3.4. UNCITRAL.

Cualquier litigio, controversia o reclamación derivado de, o relacionado con el presente contrato, o con el incumplimiento, terminación o nulidad del mismo, será resuelto de conformidad con las Reglas de Arbitraje CNUDMI/UNCITRAL vigentes en la actualidad.

5.3.5. AAA.

Cualquier litigio, controversia o reclamación derivada de, o relacionada con, el presente contrato, o con el incumplimiento, terminación o nulidad del mismo, será resuelto de conformidad con las Reglas de Arbitraje UNCITRAL vigentes en la actualidad.

5.4. Comentarios.

Las cláusulas de Arbitraje Comercial, como una especie del Acuerdo de Arbitraje, son en cierta medida las más comunes en cuanto a su uso.

Del texto de las mismas se desprende que básicamente se refieren a una generalidad indeterminada pero determinable de conflictos respecto de una relación contractual. Asimismo, siempre hacen referencia a un reglamento de procedimientos que no es substancialmente diferente en cuanto a su contenido en los casos.

La cláusula UNCITRAL aplica tanto para arbitrajes comerciales *ad hoc* como institucionales, como se puede apreciar en su referencia dentro de la cláusula tipo de la AAA.

Por otro lado, las cláusulas modelo de la CANACO, CIAC y CIC se refieren a los propios reglamentos de procedimientos de dichas instituciones, las cuales, son organismos capacitados - incluyendo a la AAA - para administrar un proceso arbitral privado.

No debe haber confusión respecto al modelo de cláusula a emplear en un contrato, sino resolver la institución que conviene a las partes que administre un posible proceso arbitral con base a sus reglas y a las particularidades de la relación.

Es conveniente que ciertos aspectos del posible proceso arbitral queden resueltos, de ser posible, desde la negociación de la cláusula arbitral, como son: a) El número de árbitros - generalmente, uno o tres -, b) la sede del Arbitraje - ciudad - c) el idioma a ser empleado en el proceso arbitral - para los casos en que una de las partes sea extranjero cuyo idioma no sea el español -, d) la ley aplicable al fondo del conflicto.

Cabe hacer la aclaración que, por lo que respecta a los acuerdos preliminares de arbitraje comercial, contenidos en el cláusulado de un convenio, el acuerdo de arbitraje comercial, según las disposiciones del Código de Comercio - artículo 80 -, si se realiza por vía telegráfica - se entiende también vías análogas v.gr. telex, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo - sólo

producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido ese medio previamente por escrito.

No obstante lo anterior, las posibilidades de solucionar un conflicto futuro o uno ya actualizado no se limita a la negociación de una cláusula arbitral en un contrato, existe la posibilidad de llegar a un acuerdo de arbitraje comercial de otras formas.

5.5. Acuerdos de Arbitraje Comercial.

No hay un modelo de acuerdo de arbitraje comercial o un formato estándar recomendable -aparte de las cláusulas antes expuestas- ya que su preparación debe ser con las características del caso particular.

Si embargo, habrá que observar que el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito, ya sea en un documento firmado por la partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmada

por una parte sin ser negada por la otra - artículo 1423 del Código de Comercio -.

Las anteriores posibilidades de acuerdo arbitral deben ser analizadas particularmente ya que su implementación siempre debe considerar la posibilidad de un litigio ante los tribunales estatales que determine la nulidad, ineficacia o ejecución imposibles del acuerdo arbitral.

Respecto a estos puntos sólo cabe abundar a lo expuesto en los capítulos anteriores, especialmente el VIII, que la interpretación de la frase en el artículo 1423 del Código de Comercio que dice "intercambio de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra", pareciera algo ambigua más sin embargo, se debe interpretar en el sentido de dicha contestación es una aceptación expresa del acuerdo de arbitraje siempre que no exista una contrapropuesta de los términos del acuerdo de arbitraje inicialmente propuesto en dicha demanda. En este último caso, habría que obtener una aceptación del demandante respecto de la contrapropuesta.

El Acuerdo de Arbitraje comercial en un documento firmado por las partes en conflicto deberá contener al menos, el lugar del arbitraje, el número de árbitros, las reglas del procedimiento - o su referencia a sujetarse a algunas reglas pre-establecidas v.gr. UNCITRAL, AAA, CIC, CIAC, CANACO, etc. - , el idioma y derecho aplicable al fondo del conflicto. Con el propósito de ser explícitos respecto la materia del arbitraje, los antecedentes del acuerdo arbitral son importantes, ya que como se mencionó, la forma de la relación que originó el conflicto pudiera ser más compleja de apreciar de aquella que se encuentra condensada en un convenio escrito.

CONCLUSIONES

Estamos viviendo un época de globalización de mercados. La apertura comercial de nuestro país da lugar a un mayor intercambio de bienes y servicios entre sus comerciantes y de éstos con los de otros países, por lo tanto, existe un mayor número y cada vez más complejos mecanismos para relacionarse o comerciar. Dichos mecanismos, que en cantidad y cualidad son atípicos a las formas ya establecidas de comerciar, en principio generan incertidumbre respecto al éxito de solución de posibles conflictos que pudieran surgir si se plantean ante un tribunal estatal.

Los medios para la solución de conflictos jurídicos comerciales son varios. Dentro de los conocidos como heterocompositivos que se refieren a los que interviene un tercero ajeno a resolver la controversia y su resolución puede obligar a las partes, se encuentra el arbitraje.

La base del arbitraje comercial es el acuerdo arbitral. Dicho acuerdo debe de revestir la forma escrita. El fundamento del acuerdo arbitral y de la solución de controversias a través del arbitraje está debidamente fundamentado en las leyes

vigentes en México como se ha expuesto. No se debe de dudar de la legalidad del arbitraje comercial ni mucho menos de su eficacia. No obstante, es clara la incertidumbre que crea el hecho de que el derecho arbitral en México, se encuentra disperso según la materia en distintas leyes especiales que dificultan si no su estudio, su entendimiento.

Es necesario la existencia de una ley uniforme que apoye la utilización, fundamentación y eficacia del arbitraje en general. Una ley base del nuevo derecho arbitral mexicano que evite la incertumbre de las bases con las que los particulares opten por la jurisdicción de un tribunal arbitral en lugar de la jurisdicción estatal, con el propósito de hacer efectiva una resolución que se llevó a cabo en los términos que ellos acordaron y por quien ellos han elegido, de una manera más expedita y con la confidencialidad que requieran, supuestos incluidos dentro del ejercicio de la libertad contractual que en materia de comercio prevalece en nuestro de derecho comercial.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS CONSULTADAS:

ALCALA ZAMORA y Castillo, Niceto.

Proceso, Autocomposición y Autodefensa.

3a. edición. México. U.N.A.M. 1991.

314 páginas.

ALACALA ZAMORA y Castillo, Niceto.

Estudios de teoría e historia del proceso (1945-1972).

Tomo I. México. U.N.A.M./Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1974.

ALTAMIRA y CREVEA, Rafaél.

La Formación del Jurista.

Estudio preliminar, edición y notas de

Jaime del Arenal Fenochio.

México. Escuela Libre de Derecho. 1993.

102 páginas.

BECERRA BAUTISTA, José.

El Proceso Civil en México.

14a. edición. México. PORRUA. 1992.

825 páginas.

BERNSTEIN, Ronald and WOOD, Derek.

Handbook of Arbitration Practice.

2nd. edition. London. S&M/The Chartered Institute of Arbitrators. 1993. Páginas 9-17.

BRISEÑO SIERRA, Humberto.

El Arbitraje Comercial.

México. LIMUSA. 1988.

278 páginas.

BRISEÑO SIERRA, Humberto.

Sobre Arbitraje, Estudios.

México. Cárdenas Editor y Distribuidor. 1995.

698 páginas.

BRISEÑO SIERRA, Humberto.

El Arbitraje en el Derecho privado.

México. Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M. 1963.

Páginas 39 a 60.

CONTRERAS VACA, Francisco José.

Derecho Internacional Privado. Parte General.

2a. edición. México. Harla. 1996.

296 páginas.

DAVIDSON, Paul et al (Edición).

El Arbitraje Comercial en la Americas. University of Ottawa.

México. U.N.A.M./I.I.J. Serie H. Estudios de Derecho Internacional Privado, número 19. 1992. Páginas 191 a 200.

DE LA PEZA Muñoz Cano, José Luis.

De las Obligaciones.

México. McGraw-Hill. 1997.

150 páginas.

DIEZ Picazo, Luis.

El Arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos.

Madrid, España. Bosch. 1957. 355 páginas.

DOMINGUEZ Martínez, Jorge Alberto.

Convenio y Contrato.

México. Porrúa. 1996. 98 páginas.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo.

Introducción al estudio del Derecho.

42a. edición. México. PORRUA. 1991. 444 páginas.

GOMEZ LARA, Cipriano.

Teoría General del Proceso.

8a. edición. México. HARLA. 1991. 429 páginas.

GOMEZ LARA, Cipriano.

Derecho Procesal Civil.

5a. edición. México. HARLA. 1991. 421 páginas.

KASER, Max.

Derecho Privado Romano.

Versión por José Santa Cruz Teijeiro.

5a. edición. Madrid, España. REUS. 1968.

KOZOLCHYK, Boris.

El Derecho Comercial ante el Libre Comercio
y el Desarrollo Económico.

México. McGraw-Hill. 1996. 342 páginas.

MANTILLA MOLINA, Roberto L.

Derecho Mercantil.

29a. edición. México. PORRUA. 1993.

548 páginas.

MARGADANT, Guillermo F.

La Segunda Vida del Derecho Romano.

México. PORRUA. 1986.

402 páginas.

ORTOLAN, M.

Explicación Histórica de las Instituciones
del Emperador Justiniano.

Traducción: Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas.

7a. edición. Tomo II. Madrid. Librería de Hijos de Leocadio
López, Editor.

OVALLE FAVELA, José.

Derecho Procesal Civil.

3a. edición. México. HARLA. 1989.

459 páginas.

ROCA Aymar, José Luis.

El Arbitraje en la Contratación Comercial.

Editorial, ESIC. Madrid. 1994.

SANCHEZ-MEJORADA Velasco, Carlos.

El Estado de Derecho.

México. Instituto de Propositiones Estratégicas, A.C.

1996. 132 páginas.

SANTOS BELANDRO, Rubén.

Arbitraje Comercial Internacional.

México. Perezniето Editores.

1997. 322 páginas.

SILVA, Jorge Alberto.

Arbitraje Comercial Internacional en México.

México. Perezniето Editores. 1994.

405 páginas.

SIQUEIROS, José Luis.

El Arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada.

México. Escuela Libre de Derecho/Porrúa. 1992.

88 páginas.

TENA RAMIREZ, Felipe.

Derecho Constitucional Mexicano.

27a. edición. México. PORRUA. 1992.

651 páginas.

TENA RAMIREZ, Felipe.

Leyes Fundamentales de México. 1800-1976.

7a. edición. México. Porrúa. 1976.

UNIDROIT

Principios sobre los Contratos

Comerciales Internacionales. (Principios de UNIDROIT).

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma. 1995. 147 páginas.

URIBARRI Carpintero, Gonzalo.

El Arbitraje y otros mecanismos alternativos para la solución de controversias.

Tesis para obtener el Diploma de Doctor en Derecho. Universidad Panamericana.

México. 1997. 261 páginas.

Varios Autores. Selección de Lecturas.

El Arbitraje Comercial Internacional.

México. U.N.A.M. y coeditores. 1983.

644 páginas.

VON IHERING, R.

La Lucha por el Derecho.

Versión española de Adolfo Posada y Biesca.

Madrid. Librería de Victoriano Suárez. 1881.

México. PORRUA. 1989. 130 páginas.

ZEPEDA, Jorge Antonio.

El Laudo Arbitral.

México. PESA. 1963. Colección SELA, Sección Derecho.

Tomo I. 282 páginas.

PONENCIAS Y PUBLICACIONES PERIODICAS:

ABASCAL Zamora, José María.

"Cómo conocer la Jurisprudencia Internacional del Derecho Mercantil -El Clout-".

El Financiero (Diario).

Miércoles 14 de diciembre de 1994. Página 8A.

ANGULO PARRA, Carlos.

"Arbitration in Mexico".

Baker & McKenzie. Latin American Legal Developments Bulletin.

Chicago, EE.UU.A. 1995. Volumen 3; número 3. Páginas 17 a 23.

DIAZ Luis Miguel.

"Privatización de Conflictos"

El Foro. 9a. época. Tomo X, No. 1, Primer Semestre 1997.

Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

SEPARATA. México. 96 páginas.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo.

"Alternativas diferentes al Proceso Judicial para la Solución de Controversias".

Ars Iuris. Universidad Panamericana. México. Número 11. 1994.

Páginas 38 a 55.

FIERRO FERRAEZ, Ana.

"Rezago Judicial".

Lex. México. 3a. época. Año III. Febrero de 1997. Número 20.

Páginas 10 a 14.

MANSILLA Y MEJIA, María Elena.

"Cinco dudas sobre el procedimiento arbitral mercantil".

Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado.

México. U.A.M. Unidad Azcapotzalco. 1992.

Páginas 57 a 68.

MEDINA LIMA, Ignacio.

"El Arbitraje Privado en nuestro Derecho".

Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M. México.

Tomo XXXVIII, Números 157-158-159. Enero-Junio, 1988. Páginas

157 a 167.

MOLINA GONZALEZ, Héctor.

"Breve reseña histórica del Arbitraje".

Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M. México.
Tomo XXXVIII, Números 157-158-159. Enero-Junio, 1988. Páginas
215 a 225.

OLVERA LUNA, Omar.

"Transformación del Derecho Mercantil".

Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M. México.
Tomo XXXII, Números 121-122-123. Enero-Junio, 1982. Páginas 289
a 298.

SIQUEIROS, José Luis.

"Comparison of main conventions affecting Inter-American
Arbitration".

El Arbitraje Comercial en la Americas. México. U.N.A.M./I.I.J.
Serie H. Estudios de Derecho Internacional Privado, número 19.
1992. Páginas 191 a 200.
396 páginas.

SIQUEIROS, José Luis.

"Don Quijote y la Justicia"

Revista de la Facultad de Derecho de México. U.N.A.M. México.
Tomo XXXV, Números 142-143-144. Julio-Diciembre, 1985. Páginas
667 a 676.

VON WOBESER, Claus.

"La Situación Legislativa y Jurisprudencial del Arbitraje en México".

Ars Juris. Universidad Panamericana. México. Número 11. 1994.
Páginas 263 a 277.

OBRAS DE CONSULTA GENERAL:

CABANELLAS, Guillermo.

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

21a. edición. Tomo I. Buenos Aires, Argentina, 1989.

Páginas 349 a 351.

DE PINA, Rafael.

Diccionario de Derecho.

5a. edición. México. Porrúa. 1976.

Páginas 84 a 86.

ESCRICHE, Joaquín.

Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y

forense; con citas del derecho y adiciones por el Lic. Juan Rodríguez de San Miguel.

México. U.N.A.M. 1996.

Páginas 40 y 41.

GARCÍA Moreno, Víctor Carlos.

Diccionario Jurídico Mexicano (voz: Arbitraje Internacional)

5a. edición. Tomo A-CH. México. Porrúa/U.N.A.M. 1992.

Páginas 202 a 203.

GARRONE, José Alberto.

Diccionario Jurídico Abeledo-Perot.

Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perot. 1986.

Páginas 179 a 182.

FLORES García, Fernando.

Diccionario Jurídico Mexicano (voz: Arbitraje)

5a. edición. Tomo A-CH. México. Porrúa/U.N.A.M. 1992.

Páginas 198 a 200.

RIBO Durán, Luis.

Diccionario de Derecho.

Barcelona, España. Bosch. 1987. Página 145.

SIQUEIROS, José Luis.

Diccionario Jurídico Mexicano (voz: Arbitraje Comercial)

5a. edición. Tomo A-CH. México. Porrúa/U.N.A.M. 1992.

Páginas 200 a 202.

Varios Autores.

Enciclopedia Jurídica Básica.

Tomo I. Madrid, España. Civitas. 1991.

Páginas 540 y 541.

Varios Autores.

Diccionario Jurídico España.

Madrid, España. España Calpe/Fundación Tomás Moro. 1991.

Páginas 69 y 70.

LEGISLACION:

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CODIGO DE COMERCIO

TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMERICA DEL NORTE

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO

LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR

LEY DEL MERCADO DE VALORES

LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR

REGLAMENTOS:

DE MEDIACION Y ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO DE LA CIUDAD DE MEXICO.

DE PROCEDIMIENTOS DE LA COMISION INTERAMERICANA DE ARBITRAJE COMERCIAL.