

LA CONVENIENCIA PRESENTE Y FUTURA DE UTILIZAR MEDIOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE LITIGIOS*

Carlos PÉREZ GONZÁLEZ

Cada día y con mayor frecuencia recibimos noticias de innumerables litigios que confrontan los miembros de nuestra sociedad, ya sea en forma nacional o internacional, y es claro que obedece a una consecuencia de la crisis generalizada que hoy se vive en todo el mundo, no hay país o gobierno municipal, estatal o federal que no se encuentre en angustia cada vez mayor ante la proliferación de toda clase de conflictos entre los diversos grupos de la sociedad en particular. Ante esta creciente preocupación y ante la manifiesta incapacidad de los Estados de impartir pronta y expedita justicia a sus justiciables, quienes tan sólo por el simple transcurso del tiempo o por desatención de los tribunales competentes (al estar éstos cada vez más ocupados ante el alud de asuntos que llegan para su conocimiento y decisión final), sufren el gravísimo problema de impartición de justicia, mal que aqueja a la sociedad dentro de su gran crisis, la crisis de la justicia.

Lo anterior es de tenerse en cuenta particularmente para los nacionales de mi país, México, donde hace relativamente poco tiempo (a caso unos seis o siete meses atrás) el H. Tribunal Supremo de Justicia del Estado de Nayarit, en pleno, determinó que dejaría de conocer los asuntos que le fueran planteados particularmente por los bancos, ya que le llevaba casi la totalidad de su tiempo el trámite de los conflictos que a interés de dichos bancos eran importantes, especialmente porque carecían de presupuesto y de suficiente personal calificado para atender las reclamaciones que les fueran presentadas, y que además, tenían problemas muy severos con los demás justiciables de otras materias distintas a las mercantiles, y que también estimaban apremiante su solución inmediata en los términos de ley. Desde luego lo anterior resulta incuestionable, puesto que si atendemos las diversas estadísticas que anualmente emiten los tribunales de justicia de los estados en México, sabemos que el gran porcentaje en número y en tiempo lo dedican a conflictos mercantiles, sin el perjuicio de que los problemas en mate-

* Comunicación.

ria de arrendamiento inmobiliario y en cuestiones de orden familiar van creciendo en forma alarmante el número de controversias presentadas a los distintos tribunales, lo anterior es conocido por todos nosotros sin necesidad de estar dedicados a las cuestiones rigurosamente forenses; no hay quien se aparte en este momento de la gravísima problemática de conflicto en la administración de justicia. Algunos estados de la República mexicana han realizado cada vez mayores esfuerzos para poder satisfacer la creciente demanda de impartición de justicia a pesar de sus muy limitados márgenes de aumento de personal y de tribunales para sus jurisdicciones respectivas, pero en vez de que (a pesar de su gran empeño) las soluciones dadas alcancen la satisfacción de sus justiciables, cada vez es más apremiante la necesidad de impartir justicia, luego entonces en vez de disminuir los litigios, éstos aumentan aceleradamente.

El derecho, y particularmente el procesal, contiene distintos medios de solución de controversias que no sean indispensablemente judiciales, los tratadistas en la materia procesal, algunas ocasiones los han denominado como excluyentes de la jurisdicción, algunos más en equivalentes jurisdiccionales, y en forma relativamente reciente, medios alternativos; pero a mi juicio no basta con esta denominación tan variante, sino que debemos pugnar de la misma manera que la crisis ha acelerado el agobio en la administración de justicia (la que de suyo excepcionalmente ha sido pronta y expedita) por procurar que dichos medios alternativos sean usados con más frecuencia, no tan sólo para aligerar a los tribunales de su gravísima carga, sino lo que es más importante, que los justiciables al utilizar dichos medios, como si hubieran sido resueltos a través de los órganos jurisdiccionales, alcancen, repito, con su solución, la paz, la justicia, la seguridad, la confianza, valores de los que hoy nuestra sociedad en particular y muchas más se sienten absolutamente carentes.

Dichos medios son, si de todos resulta conocido que pueden ser: la negociación, buenos oficios y mediación, empezamos a mejorar con la conciliación y desde luego hay que mencionar al arbitraje, cuyo uso es más de la esfera internacional, incluso con los estados actuando como partes, que el arbitraje con particulares actuando como partes.

En lo que toca a la negociación es un medio en verdad muy difícil de explicar incluso por nuestros grandes autores, quienes le dedican pocas líneas a éste, es más, en mi limitada experiencia profesional y docente hasta hace relativamente poco tiempo, en una universidad particular, se organizó un diplomado para negociadores, y es difícil conocer los resultados alcanzados, así como también aproximadamente tuvo lugar otro esfuerzo para tratar de explicar negociación con características muy particulares, y si atendemos qué significa negociación, es desde luego un medio de arreglo pacífico de controversias con el esfuerzo directo entre las partes para tratar de concluir con la controversia, a este esfuerzo se le ha denominado también de

diversas formas, convenio, que bien puede ser judicial o extrajudicial, según su caso; para otros puede encontrar fundamento en la transacción; unos más lo confunden con la conciliación, en fin, se intenta antes de recurrir a otros medios de arreglo, con intervención de terceros.

El negociar no puede ser considerado como una obligación, sino como una conveniencia, y para ello sabemos que si se da una intención de arreglo de la litis sin llegar a una controversia judicial, o llegada ésta, los interesados soliciten concluirla; para algunos es considerada como una transacción, como hemos dicho que puede ser o tener lugar en juicio o antes de juicio, concluyendo desde luego con un convenio judicial o extrajudicial, según el caso, pero la negociación requiere de muchos elementos para en todo caso concluir en un convenio, y desde luego que bien puede ser utilizado por las partes contendientes y se estima que en condiciones iguales, trátase de cuestiones internas o internacionales, pero siempre se dará la posibilidad de que el más poderoso imponga su voluntad a la del débil. La experiencia nos ha señalado que la negociación no es fácil, ni en su definición, ni en su tratamiento, sólo por su finalidad se requiere pertinencia, ponderación, conocimientos y sobre todo oportunidad porque es frecuente que se negocia y se cede o renuncia a lo que no conociere ser así, y en contra, se pretende mucho más de lo que se carece en derecho; en los esfuerzos que para estudiar negociación se han mencionado, se han impartido pláticas de actitudes, de gesticulaciones y hasta de posibles vestimentas para los negociadores esto último, que suena gracioso o hasta cursi, en la negociación es frecuente la mímica, a veces la arrogancia que aparenta seguridad, pero que en esencia representa lo contrario, en fin, son una serie de actitudes que con toda seriedad deben ser analizadas jurídicamente, desde luego sin llegar al arquetipo o a la solemnidad, para evitar el engaño o la simulación, y desde luego sin traspasar o incurrir en la ilicitud, o en los ilícitos penales.

Don Joaquín Escriche, en su *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense* señala que:

Negociar [es] tratar y comerciar comprando y vendiendo, ó cambiando géneros, mercaderías ó dineros para aumentar el caudal; ajustar el traspaso, cesión ó endoso de algún vale, efecto ó letra, arreglando los intereses ó cambios que se han de satisfacer ó abonar conforme al estilo; manejar políticamente las dependencias ó pretensiones, disponiéndolas de modo que se logren; y corromper con el soborno la integridad con que se debe proceder.¹

Con lo que se ha expuesto sobre negociación en materia procesal como un medio alternativo de solucionar conflictos, qué lejos está lo asentado por

¹ Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, México, UNAM, 1993.

don Joaquín Escriche, ya en la actualidad estamos más distantes de esa consideración de tan ilustre tratadista español.

Para don Juan Palomar de Miguel en su *Diccionario para juristas*, negociación (lat. *negotiatio*) es “acción y efecto de negociar. —Méx.— Tienda, establecimiento donde se atiende un negocio. —Incompatible con el ejercicio de funciones públicas. Der. —Delito en que incurre el funcionario público que se interesa, ya sea directamente, ya sea por persona interpuesta o por acto simulado, en cualquier operación en que intervenga por razón de su cargo.”² Agrega dicho autor en su obra señalada lo siguiente, negociar

(lat. *negotiar*) Intr. Tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercadería o valores para aumentar el caudal. Ajustar el traspaso, cesión o endoso de un vale, efecto o letra. Refiriéndose a valores, descontarlos. Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro. Tratar por la vía diplomática, de potencia a potencia, un asunto, como un tratado comercial, de alianza, etc. (su conjugación correcta es: negociar, negocias).³

De igual manera lo anotado por el ilustre tratadista Juan Palomar de Miguel nos ofrece escasa ayuda a la finalidad de esta comunicación: encontrar en la negociación los elementos que requerimos como una figura utilizada siempre, pero de limitada expresión y difusión para dicho autor, quien en su mencionado diccionario señala acerca de negocio lo siguiente:

(Lat., *negotium*, ocupación, quehacer, deriv. negativo de *otium*, reposo, ocio) m. Cualquier quehacer, ocupación, o trabajo. Pretensión, dependencia, agencia o tratado. Actividad que se realiza con espíritu de lucro o provecho. Acción y efecto de negociar. Interés o utilidad que se logra en lo que se trata, pretende o comercia. Lugar en que se comercia o negocia, abstracto. El separado, abstraído del convenio causal. de cochinita. fam. Méx. El de poca importancia o de escasa utilidad. de mala digestión, fig. y fam. El dificultoso de componer, jurídico. Acto de una o más voluntades que pretende algún efecto jurídico reconocido por la ley. Redondo. fig. y fam. El muy ventajoso y que resulta a medida del deseo. agitarse un negocio. frs. Agitarse una cuestión, desempatar un negocio. frs. fig. y fam. Ponerlo corriente, aclarando las dudas y dificultades que tenía. hacer uno su negocio. frs. Sacar de un asunto el provecho que puede, sin otra mira que el interés propio. Hacer un lucro indebido en los asuntos de otro que le están encomendados. Cfr. Agencia de negocios, agente de negocios, alma del negocio, asiento principal de los negocios, encargado de negocios, gestión de negocios, gestor de negocios, hombre de negocios, ratificación de gestión de negocios.⁴

2 Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.

3 *Idem*, p. 906.

4 *Ibidem*.

De las acepciones señaladas interesan para los objetivos de este trabajo menciones que nos permiten apreciar la utilidad de la negociación con fines de consecuencia jurídica y para efectos de pretender concluir o solucionar conflictos de intereses.

Don Ángel Ossorio, el autor del singular libro *El alma de la toga*, expone en uno de sus pasajes (“Elogio de la cordialidad”) que los “Abogados y Magistrados suelen vivir en un acto parecido al que la ley de orden público llama ‘de prevención y alarma’. El juez piensa del abogado: “¿En qué proporción me estará engañando?” y el abogado piensa del juez: “¿A qué influencia estará sometido para frustrarme la justicia?”.

Muy hipócrita sería quien negase que ambas suspicacias tiene fundamento histórico, porque ni escasean los defensores que mientan ni faltan magistrados rendidos al favor. Ello aconseja derrochar el esfuerzo para procurar a aquellos una depuración ética y para modificar la organización de éstos que aseguren se independencia.

Pero, aun siendo cierto el mal, no disculpa el régimen de desconfianza a que he aludido. Primero, porque el vicio no es general, sino de ejemplares aislados; y después, por que aunque fuese mil veces mayor, nada remediaría la malevolencia en el juicio ni la hosquedad en el trato.

Abundan los defensores correctos, veraces, enamorados del bien. Aunque se nos nieguen otras virtudes habrá de reconocerse que, día por día, aumenta entre nosotros la de la transigencia, que nos hace ser más patriarcas que combatientes. Y en cuanto a los administradores de la justicia, fuerza es confesar que nunca se rinden por venalidad (en todo el cuerpo judicial español son bien excepcionales los funcionarios capaces de tomar dinero); que no siempre se entregan a la influencia; y que cuando sucumben es bien a desgana, revolviéndose en ellos el espíritu de rebeldía con sustancial en cada español, y la susceptibilidad característica de la autoridad en todos los órdenes. En cambio ¡cuántos y qué representativos son los casos de los jueces que han comprometido la carrera, la tranquilidad y la hacienda por no someterse a una presión!

Nos hallamos tan habituados a pensar mal y a maldecir que hemos dado por secas las fuentes puras de los actos humanos. Cuando nos desagrada una obra o un dicho ajeno, no se nos ocurre que podemos ser nosotros los equivocados, o que su autor esté en un error, o proceda por debilidad, o se incline ante el amor o la piedad. No. Lo primero que decimos es: “se ha vendido” o “es un malvado”, y cuando más benévolo “lo ha hecho por el gusto de perjudicarme”.

Gran torpeza es ésta. Las acciones todas y más especialmente las que implican un hábito y un sistema, como las profesionales han de cimentarse en la fe, en la estimación de nuestros semejantes, en la ilusión de la virtud, en los móviles levantados y generosos. Quien no crea que es posible volar ¿cómo logrará levantar el vuelo? Quien juzgue irremediamente perversos

a los demás ¿cómo ha de fiar en sí mismo, ni en su labor ni en su éxito? Hay que poner el corazón en todas las empresas de la vida.

No se tome el consejo como dimanante de un optimismo ciego o de un lirismo simple, enderezados a aceptarlo todo. De ninguna manera. ¡Pues bonito concepto tengo yo de la humanidad! Mi insinuación va encaminada a distinguir la malicia genérica y abstracta, que constituye una posición mental inexcusable en los hombres discretos, de aquella otra desconfianza personalizada y directa que puede caracterizar al aldeano zafio y al usurero.

El espíritu tosco mira recelosamente no a la humanidad, sino, uno por uno, a todos los hombres: “Éste viene a robarme”. “Ése se ha creído que yo soy tonto”. “Cuando el otro me saluda será porque le tiene cuenta”. “Si el de más allá me pide dinero no me lo devolverá”. “Si el de más acá habla un rato conmigo, me deshollará después”. Tal enjuiciamiento es venenoso para el carácter, imprime un sello de ferocidad y encarrila hacia un aislamiento huraño.

Lo recomendable es una previa aceptación de todas las maldades posibles sin preocuparse de personificarlas. “¿Para qué me buscará H?”. “No lo sé”. Y se le acoge con agrado. “¿Sabe usted que H, es un bribón?”. “No me choca”. Y se recibe la noticia sin el amargor del chasco.

Más claro: basta con saber que el hombre es igualmente capaz de todo lo bueno y de todo lo malo. A diferencia del perro, que sólo es nativamente apto para lo bueno.

Si nos mirásemos con ese sentido comprensivo los que pedimos justicia y los que la otorgan, el régimen judicial se transformaría esencialmente. Hoy tiene un marcado sabor a pugna. Cada vocero choca con el otro y el tribunal con los dos. Se respira en el pretorio un ambiente como de recelo orgánico.

¿Se pide reforma de una providencia? El juez supone que se trata sólo de una obcecación del amor propio o de una argucia dilatoria.

¿Quedan los autos sobre la mesa para resolver? Los abogados dan por averiguado que el juez no los mirará.

¿Se escribe conciso? Es que el abogado no estudia, sino que sale del paso?

¿Se escribe largo? No será por exigencia del razonamiento, sino por ansia de engrosar la minuta.

¿Perdemos el pleito? ¡Claro! De tales influencias gozó el contrario sobre el juez.

¿Le ganamos sin las costas? Ya que era imponible que quitasen la razón, sirvieron al adversario o a sus padrinos haciéndoles ese regalo.

¿Le ganamos con costas? No había más remedio, pero, así y todo los considerandos no nos llenan.

¿Reconocemos que hasta está bien escrita la resolución? ¡Pues no será del juez sino del secretario que es más listo!

Así no se puede vivir. Repito que esas hipótesis son, en ocasiones, tesis innegables, pero al trocar la excepción en regla envilecemos nuestra razón, rebuscamos los móviles en la cloaca y acabamos por creer que ella es el mundo entero. Difícilmente se calcula el influjo deletéreo que sobre las almas ejerce el hábito de pensar mal.

La redención estaría en considerar que todos —magistrados y abogados— trabajamos en una oficina de investigación y vamos unidos y con buena fe a averiguar dónde está lo más justo, a falta de ello, lo menos malo, y en defecto de todo, lo meramente posible. Tan compleja es la vida que, con igual rectitud de intención, se puede patrocinar para un mismo conflicto la solución blanca y la negra y azul. ¿Por qué empeñarnos en que a fuerza prevalezca determinado color, cuando lo más probable es que sea preciso mezclarlos todos para formar la entonación que menos dañe a la vista?

Haría falta para todo esto perder un poco la afectación hierática con que las funciones judiciales se producen y abrir la compuerta al cambio de opiniones indispensable para el hallazgo de la verdad. Lo preferible sería acabar con la exageración en que se desenvuelve hoy el concepto de la jurisdicción rogada que hace a la justicia prisionera de la habilidad. El juez, dentro de los límites fijados al litigio por las partes, debiera tener libertad para procurarse elementos de indagación, para formular preguntas a los letrados, para discutir con ellos y para proponer soluciones distintas de las aportadas por los contendientes. Es lastimoso que la humildísima simiente de esta libertad de investigación que existe en la ley de lo contencioso-administrativo haya caído en desuso.

Medidas secundarias, pero también útiles serían la publicidad de los votos particulares juntamente con la sentencia, la libertad para que las partes pudieran, en toda clase de tribunales, informar por sí mismas sin necesidad de valerse de letrados, la facultad en los juzgadores de pedir consejo a corporaciones, a tratadistas, a profesores o a otros abogados, sobre dudas de carácter jurídico.

Convenciéndose de que la labor de procurar la justicia es de índole experimental como otra cualquiera, con apoyo en la realidad y matices científicos, los juristas acabarían por tener el espíritu análogo al de los biólogos o los químicos. El estrado sería un laboratorio como ya lo es el bufete, y cuanto se perdiera en empaque se ganaría en efusión. Lo que somos los abogados en los tratos para transigir, “¿por qué no habían de serlo los magistrados a toda hora y en colaboración con aquellos? Los pleitos se fallarían con más acierto y las almas ganarían en desembarazo y en limpieza”.⁵

De lo anterior se colige que tanto las partes como el juzgador deben buscar con el mejor ánimo el solucionar la controversia, ya que lo frecuente

5 Ossorio, Ángel, *El alma de la toga*, 11ª ed., Buenos Aires, Ejea, 1986.

es que las partes quieren llegar al final para obtener la victoria y derrotar a su adversario, y el juez junto con ellos bajo el prurito de conocer la verdad a través de su resolución, conceder la justicia, pero cuántas y tantas veces ni se conoce la verdad, ni se alcanza la justicia, particularmente por los recovecos que ofrece el derecho positivo, la imaginación y agudeza de los patronos, el exceso de medios de impugnación, dilaciones y más dilaciones, con las consecuentes molestias y gastos que todo juicio origina, y en vez de alcanzar la seguridad jurídica y la paz social, cada vez más nos alejamos de ellas, lo dicho por Ossorio en el *Elogio a la cordialidad* muestra los deseos que la experiencia forense recoge de que todos debemos buscar una negociación, sin apartarnos de la legalidad, es un principio que particularmente deben seguir el juez y las partes en consecuencia, con el principal objetivo de no descuidar los intereses confiados por su cliente, de ninguna manera y no caer en la aberración por la perniciosa influencia que ya sufrimos de derechos extranjeros, los cuales se apartan totalmente de la verdad, de la legalidad y de la justicia, en la que se premian a testigos por sus delaciones, y se reducen condenas a algunas partes que involucran y evidencian a algunas otras, lo que desde luego ni es legalidad, ni es negociación, y mucho menos justicia; apoyan nuestro dicho sobre este particular, los escandalizantes procesos de sobra conocidos por todos nosotros en los foros nacionales.

Cabe decir que en lo que toca a negociación, nos faltan elementos para su definición y deslinde, y la confundimos como hemos asentado con buenos oficios, con conciliación, con amigable composición y en el mejor de los casos con transacción, pero debemos encaminar nuestros esfuerzos a que esta figura, la negociación, se desarrolle, y desde luego no puede ser de otra manera, dentro de la legalidad para alcanzar la seguridad jurídica y la paz social.

Francisco Carnelutti el prestigiado autor italiano, en su obra cumbre, *El sistema de derecho procesal civil*, respecto a los buenos oficios y mediación, para explicar su utilidad, nos dice que: "Ni en el campo sociológico ni en el jurídico existe, pues, igualdad, y sí sólo equivalencia entre la solución contractual y la judicial del litigio",⁶ ésta última es más onerosa que la primera, desde luego es de las desventajas que el proceso lleva consigo, sin embargo se presentan enormes dificultades de una buena organización del proceso que agravan su costo, por esto la inclinación de los prácticos del foro a favorecer las transacciones y de ahí el señalamiento de que más vale una mala transacción que un buen pleito.

La comparación entre las dos clases de solución revela la conveniencia de promover una composición contractual justa, obteniendo, a la vez el menor costo de la solución contractual y el mayor rendimiento de la composi-

⁶ Carnelutti, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, Orlando Cárdenas V., editor y distribuidor, p. 203.

ción justa. Esa conveniencia explica la institución de la conciliación, ya que ésta tiene la estructura de la mediación, pues se da en la intervención de un tercero entre dos partes en conflicto, con el fin de inducirlos a la composición contractual. Cuando la teoría del derecho privado enseña que el mediador aproxima a los contratantes, afirma substancialmente lo mismo que acabamos de exponer, puesto que los contratantes no son sino los dos sujetos de un conflicto de intereses, y el contrato no es más que la composición del mismo. Para el autor en cita, el concepto de mediación no desaparece por el hecho de que el conflicto de intereses asuma la fisonomía de un verdadero litigio, puesto que la función del mediador no queda en manera alguna excluida del campo de la transacción, por el contrario, tiene una intervención muy activa y la posible distinción entre conciliación y mediación no podría encontrarse en la naturaleza del conflicto, asignando a la mediación el conflicto de intereses en general (litigio económico) y a la conciliación el litigio en estricto sentido (o sea el jurídico), por que es frecuente que la mediación actúe también frente a éste, bien porque la conciliación funciona también a su vez, para la composición de conflictos que no son verdaderos litigios, por lo que la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: “posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda”.⁷

En lo que toca al nombre de amigable componedor dado al árbitro de equidad, evoca el concepto de una adición que contiene una conciliación, por ello es que ya algunas legislaciones procesales nacionales como la del Distrito Federal, en algunos juicios especiales, como lo son las controversias de arrendamiento inmobiliario y de orden familiar, se dan al juzgador facultades de conciliación en las que en esencia se trata de amigables componedores con la obligación inexcusable de conocer integralmente la controversia y de ofrecer diversas opciones de solución.

Para el ilustre tratadista mexicano don Eduardo Pallares, en su obra *Diccionario de Derecho Procesal Civil* respecto al amigable componedor señala lo siguiente: “El árbitro elegido por las partes que debe decidir el litigio según los dictados de su conciencia y no de acuerdo con las normas legales”. “El hombre bueno que las partes elijan para que decidan según su leal saber y entender alguna contienda que tienen entre ellos y que no quieren someter a los tribunales” (Escrache). El artículo 628 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que los árbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que en el compromiso o en la cláusula compromisoria se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia. De este artículo se desprende:

7 *Ibidem.*

a) Que por regla general los árbitros son árbitros iuris; b) Que se necesita autorización expresa para que los árbitros sean amigables componedores, c) Que erróneamente la ley dice que la autorización puede hacerse en la cláusula compromisoria, siendo así que en ésta no se constituye el tribunal arbitral, sino que sólo se obliga a las partes, a someter, en lo futuro, sus diferencias a juicio arbitral; d) La ley parece distinguir en los amigables componedores dos clases de actividades, o bien, resuelven el litigio de acuerdo con los dictados de su conciencia, o procuran una composición amistosa entre los interesados. Esto último no puede llevarse a cabo por medio de un fallo en el que se ha de declarar el derecho de las partes. Sin embargo, si los interesados están conformes en que el arreglo concluido por ellos sirva de base a la sentencia, entonces es posible que mediante ésta realicen los componedores su cometido; e) La circunstancia de que los árbitros sean de derecho o tengan el carácter de amigables componedores, no modifica en forma alguna los tramites del juicio.⁸

Carnelutti menciona en su obra citada que las partes con el mediador en el evento de aceptar su propuesta, es sin entrar a la formalidad de un compromiso que bien pudiera ser arbitral, por lo que llama pseudo-árbitros a los mediadores y que lo que se produce con esta figura de la convalidación del compromiso “es un reemplazo por la autocomposición”.⁹

Los buenos oficios y la mediación son procedimientos para arreglar pacíficamente y el tercero que interviene ejerce funciones de comunicación entre las partes. En los buenos oficios el tercero imparcial se limita a comunicar a las partes sus pretensiones, o bien porque no existan relaciones directas entre ellas, o por que a las mismas partes no les asista el deseo de establecer negociaciones directas, es por ello que las funciones que el tercero desempeña son limitadas, específicamente de comunicación.

En la mediación el tercero imparcial adopta una conducta más activa, al poner en contacto a las partes, a las que intentará conciliar sus pretensiones con el ánimo de ubicarlas en sus posibles exigencias desmedidas y sugiere soluciones alternativas que a caso puedan utilizar las partes.

La conciliación es un procedimiento en que la intervención del tercero conciliador propone opciones de solución a las partes, las cuales, deberán considerar sus elementos de derecho, en la conciliación se puede producir la petición de las partes y los trabajos de quien concilia están sujetos a reglas de procedimiento, en las que las partes fundamentan sus posiciones.

En párrafos anteriores hemos mencionado los conceptos conciliación, amigable composición, mediación, que en su caso podrían ser integrantes de la figura de negociación y finalmente pueden constituir la transacción judicial o extrajudicial, en su caso.

8 Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1963.

9 Carnelutti, Francisco, *op. cit.*, t. III, p. 602.

Don Eduardo Pallares, en su *Diccionario de Derecho Procesal Civil* ya referido, nos dice lo siguiente:

El diccionario la define como 'la avenencia que sin necesidad de juicio de ninguna clase, tiene lugar entre partes que disienten acerca de sus derechos en un caso concreto, y de las cuales una trata de entablar un pleito contra la otra'. La definición no es exacta porque puede haber conciliación cuando las dos partes quieran demandarse mutuamente y no solo una de ellas lo pretenda hacer y porque algunas legislaciones permiten las diligencias de conciliación, a un ya promovido el juicio.¹⁰

La Enciclopedia Espasa da los antecedentes históricos de la conciliación:

En Grecia, la conciliación estaba regulada por la ley, teniendo los Tesmotetes el encargo de examinar los hechos motivo del litigio y procurar convencer a las partes de que debían transigir equitativamente sus diferencias. En Roma no estuvo la conciliación regulada por la ley, pero las doce tablas respetaban la avenencia a que hubiesen llegado las partes, y Cicerón aconsejaba la conciliación fundado en el aborrecimiento que debía tenerse a los pleitos, diciendo de ella que era un acto de liberalidad digno de elogio y provechoso para quien lo realizó, siendo de notar que los romanos, en más de una ocasión y en momentos de entusiasmo, se reunieron como lo hicieron en memoria de Julio César, para deponer sus diferencias y terminar amigablemente sus pleitos. El Cristianismo vino a dar a la conciliación un nuevo impulso, merced al espíritu de caridad y de paz que le ánima. En el capítulo V de evangelio de San Mateo, se dice: 'transige con tu adversario mientras estás con él en el camino, no sea que te entregue al juez' y los mismos evangelios aconsejan que aquel a quien se reclama una cosa, dé lo que le pidan y algo más. Estos principios se tradujeron ya en las leyes españolas de la Edad Media, que establecieron la conciliación aunque no de modo regular y permanente. En el Fuero Juzgo se halla la constitución del *Pacis adsertor*, que era enviado por el Rey a las partes con la intención de pueblo de que las aviniera (ley 15, tit. 4, lib. 2), y socialmente era la conciliación muy aconsejada ante el Tribunal de los Obispos, en la monarquía Visigoda. También se le ve recomendada en Las Partidas (ley 26, tit. 5, part. 3), si bien se refiere de un modo concreto a los amigables componedores. La conciliación fue regulada como permanente en el siglo XVIII y en el siglo XIX apareciendo primero con tal carácter en los pueblos del Norte y adoptándose distintos sistemas, pues mientras que en unos países, como en Francia y en España, se declaró obligatorio el intentarla como requisito previo a todo juicio declarativo, en otros fue potestativo de las partes el intentarla o no. En general, la conciliación se encomendó al juez; pero mientras en unas legislaciones como en Alemania, este juez era el mismo a quien correspondía el conocimiento del negocio en primera instancia, en otras como en Francia y en España, fue un juez distinto. Por lo que a España se refiere se introdujo la conciliación, con ca-

10 Pallares, Eduardo, *op. cit.*, p. 154.

rácter permanente y necesario y como previa para entablar cualquier juicio, por la constitución de 1812... etc.

Hay que distinguir los actos realizados por el juez o por la autoridad conciliadora, con la conciliación propiamente dicha que es el resultado benéfico de aquellos.

También importa señalar la diferencia que la distingue de la transacción.

Para que haya transacción es indispensable que haya sacrificios recíprocos de las dos partes en lo concerniente a los derechos o pretensiones sobre los que disputan y por los cuales es posible un juicio futuro o tiene su causa el que ya existe. En cambio, la conciliación no exige dicho sacrificio. Tiene lugar también cuando una de las partes reconoce plenamente las pretensiones de su contraria. Lo propio de la conciliación es que se evita un pleito futuro o se termina uno presente por aveniencia de las partes, por mutuo acuerdo y sin necesitar la intervención jurisdiccional del conciliador.¹¹

Don Eduardo Pallares en su ya comentada obra (*Diccionario de Derecho Procesal Civil*), respecto al árbitro, señala lo siguiente:

La persona que, sin ser funcionario judicial, conoce de un litigio, lo tramita y pronuncia sentencia sobre él. También pueden ser árbitros los jueces en algunas legislaciones pero entonces obran como particulares y no como jueces (véase "juicio arbitral").

Los árbitros celebran, según Carnelutti un contrato de *locatio operis* y no de *locatio operarum*. Se obligan a realizar una obra y no a prestar un servicio que los mantenga en la dependencia de la otra parte contratante (sistema II, 371).

Este contrato debe distinguirse del compromiso arbitral que los interesados celebran, y al cual permanecen extraños los árbitros. El contrato de éstos se contiene en la aceptación que hacen del cargo de árbitros. En el compromiso se les da poder judicial para realizar su cometido.

El contrato que celebra el árbitro está reglamentado en parte sólo por la ley, no requiere formalidad especial, es bilateral, puede ser oneroso o gratuito y, a diferencia del que celebran los funcionarios judiciales, es de derecho privado.¹²

Ya con referencia al juicio arbitral, don Eduardo Pallares, en su obra citada nos dice lo siguiente:

Por juicio arbitral se entiende el que se tramita ante jueces árbitros y no en los tribunales previamente establecidos por la ley.

11 *Idem*, p. 155.

12 *Idem*, p. 93.

Los jueces árbitros son particulares o personas morales que conocen de un litigio, lo tramitan y resuelven, según lo convenido por las partes o de acuerdo con las prescripciones legales.

Compromiso arbitral es el contrato que celebran las personas que tienen un litigio, y por el cual constituyen el tribunal arbitral y se someten a la jurisdicción de los árbitros.

Cláusula compromisoria es la estipulación que figura en algunos contratos y por la que, las partes contratantes se obligan a someter a jueces árbitros, los litigios que en lo futuro pueden surgir entre ellos con motivo del negocio a que se refiere el contrato. La estipulación puede hacerse mediante contrato autónomo.

Laudo es la sentencia que pronuncian los árbitros.

Capítulos que comprende la doctrina del juicio arbitral.

Son los siguientes: *a)* Generalidades; *b)* Naturaleza jurídica del compromiso arbitral y efectos que produce; *c)* Naturaleza de la cláusula compromisoria y efectos que produce; *d)* Naturaleza jurídica del juicio arbitral y del laudo; *e)* Constitucionalidad del juicio arbitral; *f)* Quiénes pueden comprometer en árbitros; *g)* Quiénes pueden ser árbitros; *h)* Nulidad y caducidad del compromiso; *i)* Diversas clases de árbitros; *j)* Qué litigios pueden ser sometidos a juicio arbitral; *k)* Tramitación del juicio arbitral; *l)* Diversos problemas relativos a dicho juicio; *m)* La ejecución de las sentencias arbitrales.

El compromiso arbitral. Es un contrato, consensual, formal, bilateral, a título oneroso y conmutativo, por el cual las partes se obligan: 1º A no acudir a los Tribunales para la decisión de un litigio que tienen pendiente; 2º Cometan dicho litigio al conocimiento y decisión de uno o varios jueces árbitros; 3º Estipulan la forma de tramitar el juicio arbitral; 4º Fijan sanciones para el caso de que alguno de los contratantes no cumpla lo convenido; 5º Nombran jueces árbitros o determinan la manera de designarlos; 6º Precisan el lugar en que ha de seguirse el juicio arbitral y su duración.

No todas las estipulaciones anteriores son esenciales para la validez del compromiso arbitral. Más adelante veremos cuales son.

El compromiso debe otorgarse por escrito en alguna de las formas previstas por el artículo 611, a saber, escritura pública, documento privado o acta ante el juez, cualquiera que sea la cuantía del litigio. La frase "acta ante juez", tiene un sentido dudoso. Puede interpretarse de dos maneras: o bien, presupone un juicio ya existente, que las partes desean sacar de los tribunales y someterlo a los juicios árbitros, o por el contrario, independientemente de que haya o no juicio, las partes acuden a un juez de primera instancia y levantan una acta en vía de jurisdicción voluntaria para constituir en ella el compromiso.

Me inclino más a la primera interpretación.

'La falta de la formalidad externa produce la nulidad del compromiso, pero se trata de una nulidad relativa, de carácter civil y no procesal, que puede convalidarse en la forma prevenida en el artículo 2,231 del Código Civil que dice: 'La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida'.

Mientras los árbitros no aceptan, el compromiso únicamente obliga a quienes lo otorgan. La aceptación puede ser tácita o expresa, no sólo porque la doctrina así lo establece, sino también porque la ley no exige una aceptación documental ni verbal.

Si alguna de las partes no cumple el compromiso, la otra puede obligarla a constituir el tribunal arbitral o bien demandarle la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios. Si la parte que se niega a cumplir, debe figurar en el juicio arbitral como actor, el otro contratante no podrá compelerle a ejercitar su acción, atento lo dispuesto en el artículo 32, lo que da la impresión de que, en tal hipótesis, el compromiso arbitral es ineficaz. Esta conclusión es falsa, porque el contratante que desea cumplir con el compromiso arbitral, puede esperar que la otra parte que se niega a cumplir, lo demande ante la jurisdicción común para oponerle las excepciones que derivan del compromiso, o sea, las de incompetencia y litispendencia a que se refiere el artículo 620, que dice: "el compromiso produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio ante un tribunal ordinario". Debo llamar la atención respecto al hecho de que el artículo transcrito no hace derivar dichas excepciones de la existencia del juicio arbitral, sino del compromiso. En otras palabras, interpretado literalmente quiere decir que no es necesario que el juicio ya se esté tramitando para que el demandado pueda oponer la incompetencia o la litispendencia, basta que el compromiso se haya otorgado aunque los árbitros no actúen y ni siquiera haya aceptado.

Las enunciaciones que debe tener el compromiso, las determina el artículo 616, y que se reducen a dos: el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Sin embargo, la única esencial es la primera, porque si se omite la designación de los árbitros, se entiende que las partes se reservan hacer el nombramiento con la intervención judicial, como se previene en el medio preparatorio a juicio arbitral. Tampoco es necesario que se fije la duración del juicio arbitral, ni que se establezcan los procedimientos, que en él deban seguirse. La ley suple estas omisiones de la siguiente manera: si no se fija la duración del juicio, éste durará cien días si se trata de una contienda ordinaria, y sesenta si fuese sumaria. Si las partes no establecen los procedimientos del juicio arbitral se seguirán las disposiciones relativas del Código de Procedimientos Civiles.

Les está prohibido a los contratantes estipular que en el juicio no se recibirán pruebas ni se oirán alegatos, porque tal estipulación es contraria a la garantía de previa audiencia judicial. En cambio, pueden renunciar al recurso de apelación pero no al de amparo.

De lo anteriormente expuesto, se infiere que el único requisito esencial que debe contener el compromiso, es la determinación del litigio o litigios que se someten a los árbitros y que deberá hacerse en tal forma, que no haya

dudas sobre la controversia de que se trate. En caso contrario, el compromiso es nulo de pleno derecho, sin necesidad de previa declaración judicial. Importa subrayar la circunstancia de que este caso es uno de los excepcionales en que la ley admite, entre nosotros una nulidad de pleno derecho. Surge la cuestión de saber si se trata de una nulidad relativa o absoluta, y para decidir esta cuestión, hay que tener en cuenta que es una nulidad civil y no procesal, aunque esté anunciada en el Código de Procedimientos Civiles. En efecto se trata de la nulidad del compromiso, o lo que es igual, de la nulidad de un contrato, de lo que se sigue que está sujeta a lo prevenido en el artículo 2,231 de la Ley Civil que admite la convalidación de los actos nulos por defectos de forma, por medio de la confirmación del acto hecho en la forma omitida. De ser cierta esta tesis, se demostraría con ella que hay nulidades de pleno derecho, que no por serlo son absolutas.

Naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria

Como ordinariamente el convenio contenido en la cláusula compromisoria forma parte de un contrato principal, aquélla ha recibido tal nombre, pero esta denominación no debe inducirnos a error y hacernos pensar que necesariamente ha de ser una cláusula, y que no puede otorgarse un contrato independiente para convenir en él que dos o más personas se obligan a someter a juicio arbitral el litigio, que pueda sobrevenir en un negocio determinado. También es errónea la tesis de algún jurisconsulto que quiere ver en la cláusula compromisoria un pacto análogo a los pactos agregados del derecho romano. Los pactos tuvieron su razón de ser en ese derecho pero en la actualidad no se distinguen de los convenios ni hay necesidad de acudir a ellos para determinar la naturaleza jurídica de la cláusula de que se trata. En realidad, ésta contiene un convenio que puede figurar como accesorio de un contrato principal, o ser independiente de él. La cláusula compromisoria se distingue del compromiso: a) Porque en éste último, las partes someten uno o más litigios al tribunal arbitral, mientras que la cláusula sólo contiene la obligación de hacer tal cosa en lo futuro. Lo que en el compromiso está en acto en la cláusula está en potencia; b) En el compromiso debe determinarse con precisión el litigio del que va a conocer el tribunal arbitral, lo que supone que el litigio ya existe. En la cláusula compromisoria el litigio todavía no existe y, por tanto, no puede determinarse su naturaleza, su cuantía y sus demás características; c) El compromiso tiende directamente a la constitución del tribunal arbitral, lo que no sucede con la cláusula compromisoria.

A pesar de estas diferencias importantes, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no contiene ningún precepto relativo a la cláusula compromisoria, debiendo advertirse a este respecto, que las diligencias preparatorias a juicio arbitral previstas en los artículos 220 a 223, presuponen un compromiso arbitral ya otorgado, y no se refieren a la cláusula

sula compromisoria. El juicio arbitral, sólo se prepara porque en el compromiso no se haya designado a los árbitros, según lo veremos más adelante.

Habida cuenta del silencio del Código, la cláusula compromisoria debe considerarse como un contrato, y quedar sujeta a las disposiciones relativas de la Ley Civil o Mercantil según los casos.

Generalidades

El juicio arbitral es tan antiguo como el derecho romano. Ya en la Ley de las Doce Tablas figuran disposiciones relativas a los árbitros. La tabla IX-III imponía la pena de muerte al árbitro dado por los magistrados que recibieran dinero para pronunciar su sentencia, como se desprende de unos textos de *Las noches áticas* de Aulio Gelio (20-1) y de Cicerón, en su defensa de Verres (2-32 y 1-13).

En la tabla IIª también hay una ley que se refiere al árbitro. La institución se desarrolló plenamente y en las Pandectas hay numerosas disposiciones concernientes al juicio arbitral.

Lo más importante que contienen, es lo siguiente:

a) Los árbitros se llamaban también compromisorios y receptus. La primera palabra tenía su origen en el compromiso que celebraban las partes, para someter sus diferencias al árbitro; la segunda hacía referencia al hecho de que el árbitro era admitido por los litigantes con el mismo objeto. Pueden consultarse las leyes del lib. IV, tít., 8 del Digesto; lib. II, tít. 56 del Código y Novela 82; b) Los jueces podían ser árbitros, excepto de los negocios de los cuales ya conocían; c) No podían ser árbitros los pupilos, los sordomudos, los esclavos y las mujeres. Estas últimas porque según el Digesto, las funciones de los árbitros eran propias de los hombres. Tampoco podían ser árbitros los menores de 20 años; d) Se podían nombrar un solo árbitro o varios, pero en este último caso, el número debía ser impar, a efecto de que los votos no se empataran; e) No había acción para obligar a los árbitros a dar su voto, pero en caso de que no lo hicieran, eran responsables de los daños y perjuicios que se ocasionaran a las partes; f) El compromiso era nulo cuando el nombramiento de los árbitros recaía en persona que no pudiera desempeñar el cargo, cuando era contraído por individuos a quien tampoco era lícito comprometer sus negocios, y, finalmente, cuando se pronunciaba el laudo fuera del tiempo estipulado; g) Para que la sentencia de los árbitros fuera válida, era indispensable que la pronunciase delante de las partes, a menos que éstas los hubiesen autorizado a hacerlo de otra manera; h) El cargo de árbitro no podía delegarse, por su carácter personalísimo; i) La muerte de uno de los árbitros ponía fin al compromiso; j) Los árbitros no tenían poder alguno coercitivo para obligar a las partes a comparecer en juicio o cumplir lo ordenado en el laudo. Por lo tanto, dice Dalloz, el compromiso carecía de valor si no era acompañado de la estipulación de una pena para el caso de que las partes, se negaran a acatar la

sentencia de los árbitros. (Ulpiano, L 13-1. de *Receptum*). Pero este sistema fue modificado por Justiniano que concedió lá acción de cosa juzgada para hacer cumplir el laudo.

Derecho español

En el derecho español subsistió la institución del arbitraje. Desde el fuero juzgo existen disposiciones que a él le conciernen. La ley XIII, tít. L, del lib. II, de este ordenamiento, autoriza el nombramiento de árbitros: "Ninguno non deve judgar el pleyto, si non a quien es mandado del principe, o quien escogido por juez de voluntad de las partes con testimonio de dos omnes buenos, o con tres".

El fuero real (Ley 2ª tít. 7º, lib. I) y la N. R. en el tít. VII, del lib. XI, tratan de los árbitros. Las Siete Partidas consagran a los avenidores varias leyes del tít. IV, partida IIIª. La ley XII:

Arbitros en latín, tanto quiere decir en romance, como Juezes aunidores, que son escogidos, y puestos de las partes, para librar la contienda, que es entre ellos. Estos son de dos maneras. La una es cuando los omnes ponen sus pleytos, y sus contiendas, en mano dellos, que las oyan e los libren, según derecho. E entonces dezimos, que tales auenidores como estos, desde que recibieren, e otorgaren, de librarlos, assi, que deuen andar adelante por el pleyto, también como si fuessen juezes ordinarios... o la otra manera de juezes de auenencia es, a que llaman en latín Arbitradores e comunales amigos, que son escogidos por auenencia de ambas partes, para auenir e librar las contiendas que ouieren entre sí, en qualquier manera que ellos touieren por bien...

En dichas leyes se preceptúan quantas clases de árbitros hay y la manera de nombrarlos, que pleitos 'pueden ser metidos en manos de Auenidores', 'qué es lo que deuen fazer e guardar los juezes de auenencia'; 'qué es lo que deuen fazer los Auenidores, cuando alguno dellos muere'; en ante que libren el pleyto, que les fuere metido en mano, o, entra en Orden de Religión: o por qué razones se desata el poderio de ellos; etc.

Diversas clases de arbitraje

Los arbitrajes pueden ser: a) Voluntarios, cuando los árbitros son nombrados libremente por las partes; b) Necesario cuando la ley obliga a las partes a someter sus diferencias a los árbitros, como lo hizo el código actual en sus disposiciones transitorias; c) Árbitros de derecho son lo que deben pronunciar su laudo acatando las normas aplicables al caso. Los amigables componedores o árbitros de equidad, están facultados para decidir el litigio de acuerdo con su conciencia, sin atenerse a lo prescrito en las leyes. El jurisconsulto Cogliolo, citado por Plaza, sostiene que esta diferencia no es verdadera, porque también los árbitros de derecho han de tener en cuenta los principios de la equidad al pronunciar su fallo, y porque la equidad figura también en las normas legislativas.

Este punto de vista es erróneo porque existe una diferencia entre apearse a la ley al dictar un fallo, o pronunciarlo sin tenerla en cuenta y siguiendo los dictados de la propia conciencia. Las leyes no siempre ordenan lo que es justo ni la conciencia individual está de acuerdo con el criterio de los legisladores; d) Plaza distingue el arbitraje judicial, que debe llevarse a cabo de acuerdo con las normas procesales, del extrajudicial que se realiza sin forma alguna de juicio. En mi opinión, este último no es válido en nuestro derecho, habida cuenta de la garantía de previa audiencia judicial. Sin embargo, si las partes se obligan a estar y pasar por lo que resuelva en determinado conflicto una o más personas, esta obligación no será nula, pero mediante ella no se constituirá ningún tribunal arbitral ni las personas designadas serán árbitros.

Los interesados podrán, en caso de incumplimiento, o bien pedir rescisión del contrato con el pago de daños y perjuicios, o demandar el cumplimiento de lo estipulado en juicio ordinario, pero no podrán hacer valer las acciones y excepciones de cosa juzgada que dimanen de un laudo ejecutoriado.

Naturaleza jurídica del juicio arbitral

Las doctrinas relativas al juicio arbitral pueden dividirse en dos grupos:

—Las que sostienen que el compromiso es un contrato privado con efectos de derecho privado, niegan que los árbitros tengan jurisdicción y que el procedimiento seguido ante ellos sea un verdadero juicio. En estas doctrinas, se afirma que los interesados otorgan a los árbitros un mandato para componer el litigio, y que por virtud de él se pronuncia el laudo, que constituye un mero proyecto de sentencia, hasta que el momento en que el juez ordinario lo homologa y le atribuye los efectos jurídicos de una sentencia ejecutoria.

—Las que sostienen: a) Que el compromiso arbitral es un contrato que produce efectos de derecho público como puede serlo, por ejemplo, el contrato de matrimonio; b) Que dichos efectos dimanen de la ley y no de la voluntad autónoma de las partes contratantes; c) Que, por tanto, es la ley y no los particulares, la que otorga a los árbitros los poderes de que gozan; d) Que esos poderes constituyen una verdadera jurisdicción de carácter excepcional para decidir el litigio; e) Que el juicio arbitral es un verdadero juicio, y el laudo una auténtica sentencia; f) Que el compromiso arbitral y la aceptación del cargo de árbitro, son la condición jurídica para que los árbitros gocen de la jurisdicción que les atribuye la ley; g) Que el caso de los árbitros no es único, pues hay otros en los cuales la ley permite que los particulares desempeñen funciones públicas sin ser por ello autoridades. En pro de esta tesis pueden recordarse las funciones de los jurados y los contratos administrativos por los que el gobierno autoriza a una empresa o particular a cobrar impuestos; h) Rocco llega a sostener que la función de los árbitros

es política, y que el derecho de ser árbitro constituye una prerrogativa de los nacionales. En el mismo sentido se decide Garssonet. El propio jurisconsulto Rocco, afirma que las leyes que autorizan la institución del arbitraje son al mismo tiempo permisivas y negativas. Lo primero, porque permiten a los particulares atribuir a los árbitros una función pública y excluir de la jurisdicción ordinaria la decisión de un litigio determinado; lo segundo, porque excluyen la aplicación de las leyes concernientes a la jurisdicción ordinaria.

Nuestros tribunales, y especialmente la Suprema Corte, en ejecutorias que examinaré más adelante, han propugnado la primera tesis, sin tener en cuenta que ella presupone un sistema legal que no existe en México. Los jurisconsultos extranjeros que sostienen la tesis civilista, cuentan a su favor con disposiciones legales que exigen que la sentencia de los árbitros sea homologada por los tribunales comunes para que posea fuerza ejecutiva.

Ahora bien, en nuestro derecho no existe este requisito, y erróneamente se ha considerado que el artículo 632 ordena dicha homologación, no obstante que lo único que previene es que el laudo se pasará al juez ordinario para su ejecución, lo que es muy distinto.

En la actual legislación mexicana el juicio arbitral es un verdadero juicio y los árbitros ejercen jurisdicción a pesar de no ser autoridades ¿Cómo puede ser esto? La doctrina de Rocco, a la que me adhiero, lo explica fácilmente. Según este jurisconsulto, no son las partes que celebran el compromiso las que atribuyen jurisdicción a los árbitros, sino la ley misma la que lo hace.

El compromiso no ha de considerarse como la fuente de la que dimana la jurisdicción arbitral, sino como una condición impuesta por el Estado para que los árbitros puedan gozar de aquella. El hecho de que sean particulares y no autoridades, no es razón bastante para negarles el atributo de la jurisdicción ya que el Estado puede, en uso de su soberanía, autorizar a un particular para realizar determinadas funciones públicas porque así convenga al interés general. Entre nosotros, existe el Banco Hipotecario que celebró un contrato de préstamo con la Tesorería del Gobierno del Distrito Federal por virtud del cual, aquel está facultado para recaudar el impuesto de agua, o lo que es igual, para llevar a cabo una función pública. Como este caso, pueden señalarse otros varios que demuestran que el Estado, en uso de su soberanía autoriza a los particulares a desempeñar determinadas funciones públicas, sin dejar de ser particulares.

También puede citarse el caso del jurado popular en el que individuos que no son funcionarios, realizan funciones públicas. Por tanto, no tiene nada de anómalo ni de contradictorio, que los árbitros sin ser funcionarios puedan realizar actos de jurisdicción.

Si se tienen en cuenta las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles vigente en esta fecha, no se puede negar seriamente: a) Que los ár-

bitros tienen jurisdicción; b) Que el juicio arbitral es un verdadero juicio; c) Que el laudo de los árbitros es una auténtica sentencia: El artículo 609 autoriza a las partes a someter sus diferencias a juicio arbitral, y es de suponerse que el legislador usó la palabra juicio conscientemente y sabiendo lo que ella significa.

El artículo 616 establece que a falta de estipulación en contrario, se seguirán en el juicio arbitral los mismos procedimientos que en los juicios del orden común, con lo que se ratifica la idea de que la ley equipara los juicios arbitrales a los del orden común.

El 620 es decisivo, porque previene que mientras esté en vigor el compromiso, preceden las excepciones de incompetencia y de litispendencia, que sólo tienen sentido jurídico y cabe su admisión, si los árbitros tienen jurisdicción y el juicio arbitral es auténtico juicio. En caso contrario, el artículo 620 carece en lo absoluto de razón de ser.

El artículo 623 que faculta a las partes a recusar a los árbitros por las mismas causas que producen el derecho de recusar a los jueces ordinarios, lo que demuestra que el legislador asimila los unos a los otros.

El artículo 625 que llama sentencia al laudo de los árbitros. De nuevo surge la idea de que no cabe suponer en el legislador una ignorancia tal o un olvido tan grande, que lo indujeran a emplear una palabra sin conocer su significado y trascendencia jurídica.

El artículo 630 que faculta a los árbitros a conocer de las excepciones y de los incidentes que surgen en el juicio arbitral. Desde el derecho romano se ha considerado al conocimiento como uno de los atributos de la jurisdicción.

El artículo 631 que faculta a los árbitros a condenar en costas e imponer multas, lo cual también supone jurisdicción.

El artículo 632 que obliga a los jueces del orden común ejecutar las sentencias y los autos de los árbitros, sin otorgarles ninguna facultad para modificar dichas resoluciones, facultad que en nuestra legislación carece en lo absoluto de base legal. Las sentencias ejecutorias que pronuncian los árbitros, se ejecutan como cualesquiera otras sentencias del Tribunal Superior, lo que demuestra una vez más que los laudos arbitrales son verdaderas sentencias que causan ejecutorias.

El artículo 633 es decisivo en esta materia al prevenir que “es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el árbitro...” La frase citada supone necesariamente que el árbitro tiene competencia aunque incompleta, porque de otro modo carece de sentido. Si los árbitros no tuviesen jurisdicción de ningún género, el legislador no hubiera empleado las palabras “que no tenga el árbitro”.

Si se relacionan los artículos 631 a 634 se llega a la conclusión de que la jurisdicción de que gozan los árbitros es limitada y circunscrita a las facultades de conocimiento y decisión. Carecen de imperio, lo que no trae consigo que no tengan competencia. Sólo sosteniendo que la jurisdicción

presupone necesariamente el imperio, se puede afirmar la tesis que combato, pero ese punto de vista es falso, ya que no en pocos casos el tribunal que pronuncia la decisión no la ejecuta, según queda expuesto. No se olvide que etimológicamente la palabra jurisdicción significa definir el derecho, declararlo, para lo cual tienen facultades los árbitros.

Por último, el artículo 635 establece la procedencia del recurso de apelación contra el laudo arbitral, lo que supone que el laudo es una sentencia, por que los recursos judiciales sólo se otorgan contra las resoluciones judiciales, y nunca contra actos meramente civiles o decisiones de simples peritos.

De todo lo expuesto, se infiere que únicamente pasando sobre preceptos claros y de sentido irrecusable, se puede negar que los árbitros gozan de jurisdicción limitada y que el juicio arbitral sea un verdadero juicio.¹³

De la notable erudición del maestro Pallares sobre juicio arbitral, con sus características sobresalientes y que se desprende de la larga pero ilustrativa y orientadora transcripción referida a su insuperable obra *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, podemos sintetizar lo siguiente:

El arbitraje es un procedimiento de solución pacífico de controversias, por el que las partes recurren a un tribunal arbitral designado por ellas, para que decida los términos de terminación de sus diferencias. El tribunal arbitral puede ser un órgano creado *ad hoc* tras el surgimiento de la controversia, o bien una institución previamente establecida en previsión de que ocurriera la controversia, en cuyo caso se trata de un órgano de existencia permanente aunque sea indeterminado.

Sus antecedentes históricos son remotos, para Carnelutti la intervención del árbitro es anterior al derecho y a la autoridad judicial; existen citas en la Biblia, así como en las Doce Tablas, y en el Digesto de Roma.

En materia de arbitraje es fundamental distinguir entre el arbitraje interno, del internacional. Se conceptúa como interno cuando las partes en el acuerdo arbitral tienen su domicilio en el territorio del mismo Estado, y convienen que el laudo sea preferido en el citado territorio, sometiéndose así a la ley nacional que corresponda.

Se considera como arbitraje internacional en relación con determinado Estado, al arbitraje cuyo laudo ha sido dictado en el exterior o una de las partes esté domiciliada fuera del territorio nacional.

El acuerdo de voluntades por el que las partes se obligan a someter una o más controversias al arbitraje, pueden darse de dos formas:

a) Cuando ya existe una controversia perfectamente caracterizada, y las partes han decidido el nombre o nombres de los árbitros y demás elementos del procedimiento arbitral. Esta forma de acuerdo arbitral es conocida como compromiso arbitral (*compromis, submission agreement*).

¹³ *Idem*, p. 429.

b) La segunda forma la constituye la cláusula compromisoria (*clause compromissoire, submission clauses*), en la que se establece la obligación de que todas o alguna de las controversias futuras, resultantes del contrato en el que se insertan, sean sometidas a la decisión del árbitro o árbitros, que las partes pueden nombrar o delegar el nombramiento a tercero o una institución cuyas reglas del procedimiento declaran aceptar.

El acuerdo arbitral, ya sea en forma de compromiso, o como cláusula compromisoria debe reunir para su existencia y validez los requisitos comunes a toda convención o acto jurídico:

a) Capacidad de las partes; b) libre consentimiento; c) objeto lícito; d) forma o solemnidades.

Además de los requisitos comunes a todas las convenciones, la validez del acuerdo arbitral también puede ser atacado por falta de alguno de los requisitos específicos respecto del compromiso o cláusula compromisoria, bajo sanción de nulidad, establecida en la legislación nacional aplicable.

En materia de arbitraje comercial internacional, el árbitro o árbitros son competentes para dirimir las cuestiones que sean planteadas por una de las partes, respecto a algunos de los requisitos de existencia o validez jurídica del compromiso o de la cláusula compromisoria.

Las dos formas señaladas de acuerdo arbitral tienen elementos comunes y otros variables, conforme se trate de una controversia existente o de futura realización. Los principales elementos comunes son:

a) la identificación de las partes y su domicilio; b) la manifestación de voluntad de someter la controversia al arbitraje; c) el lugar del arbitraje; d) la ley aplicable a la cláusula y/o al fondo del asunto; e) la mención de si el árbitro o árbitros decidirán conforme a derecho o según la equidad; f) la forma del procedimiento arbitral; g) el idioma o idiomas que se usarán durante el procedimiento; h) el plazo en que debe ser pronunciado el laudo; e i) el convenio sobre el pago de los honorarios del árbitro o árbitros y de las costas del procedimiento.

Los elementos variables respecto a cada una de las formas de arbitraje son:

I. En el caso del compromiso arbitral para la solución de una controversia existente:

a) La descripción precisa del objeto de la controversia; b) El nombramiento del árbitro o árbitros y sus sustitutos eventuales.

II. En el caso de cláusula arbitral para solución de controversias futuras:

a) La declaración de que las partes acuerdan de someter al arbitraje todas las controversias resultantes del contrato, o solamente algunas, indicadas de manera detallada; b) El nombramiento del árbitro o árbitros y sus sustitutos eventuales y la forma de nombrarlo oportunamente, con delegación de tal poder o determinada persona física o autoridad, aún mediante revisión expresa a las reglas de una institución dedicada al arbitraje.

El presupuesto material, condicionante de la validez del arbitraje es la existencia de un conflicto intersubjetivo y disponible, aún cuando es de estimarse que podrían darse conflictos sobre derechos objetivos, tanto en orden nacional o internacional, como aquellos que afectan a todos los ciudadanos, como algunas contenidas en las llamadas por algunos autores en acciones populares, como la guerra, invasión, epidemias producidas y dirigidas, embargos, cierre de fronteras para productos de primera necesidad, exportación de mano de obra, en fin, las experiencias recibidas particularmente, derivadas del Tratado del Libre Comercio, recientemente celebrado (hace tres años) con Canadá y Estados Unidos de América, en lo que toca a controversias incorrectamente denominadas disputas por influencia extranjera, nos han sido de total fracaso, por lo que es urgente y apremiante utilizar tanto nacional como internacionalmente, como sujetos de derecho público o privado, los medios alternativos de solución de controversias, mismos que como se ha descrito en esta comunicación son de existencia inmemorial y de escasa práctica, pero de enorme utilidad.

Es en la vigencia del principio dispositivo en donde se ha de encontrar el fundamento del arbitraje, porque, cuando las partes son absolutamente titulares de los derechos objetivos o subjetivos materiales que se discuten en el conflicto, no se les puede obligar necesariamente a intentar su tutela ante los tribunales, y, por el contrario, cuando no exista dicha disponibilidad habrá que acudir necesariamente al proceso jurisdiccional para obtener la solución del conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, ts. I y III, Orlando Cárdenas V., editor y distribuidor.
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, UNAM, 1993.
- OSSORIO, Ángel, *El alma de la toga*, 11a. ed., Buenos Aires, Ejea, 1986.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 4a. ed., México, Porrúa, 1963.