

NECESIDAD DE UNA LEY DE ARBITRAJE CIVIL BASADA EN EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO CLAVE PARA LA IMPLEMENTACIÓN EFICAZ DE LA FIGURA EN JALISCO

Rubén Darío GÓMEZ ARNAIZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Ley de Justicia Alternativa y el arbitraje civil.* III. *La subsidiariedad como principio.* IV. *Rasgos de la subsidiariedad en la regulación del arbitraje.* V. *La necesaria contribución de los particulares a la vigencia del principio de subsidiariedad en el arbitraje.* VI. *A manera de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La hipótesis de la presente ponencia es que solo mediante un sistema fundamentado en el principio de subsidiariedad podrá el arbitraje civil ser eficaz en Jalisco.¹

Ello requiere la participación de las instancias estatales, por una parte, y de la sociedad civil, por la otra. En la esfera públi-

* Maestro en Derecho. Abogado postulante y expresidente del Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.

¹ El presente trabajo basa algunas de sus premisas en la tesis de licenciatura del licenciado Sergio Armando Salcido Beltrán, *Subsidiariedad: principio informador el arbitraje comercial*, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, febrero de 2010. Dicho trabajo fue merecedor del Premio Mariano Otero a Tesis de Derecho 2010 por la Cámara de Comercio, Servicios y Turismo de Guadalajara.

ca, es necesaria, en primer lugar, la aprobación de una Ley de Arbitraje Civil autónoma, inspirada en los principios que han dado auge al arbitraje comercial. En segundo lugar, se precisa una postura favorable de la judicatura local. Por otra parte, de la sociedad civil se requiere una participación activa de las sociedades intermedias: abogados, instituciones administradoras de arbitraje, asociaciones y universidades.

II. LA LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA Y EL ARBITRAJE CIVIL

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma a, entre otros, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El tercer párrafo de dicho precepto establece que “[l]as leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias...”.

Aunque la reforma constitucional se dirige principalmente al ámbito de la justicia penal, por el alcance genérico del artículo 17 ha sido interpretada como un fundamento claro de los mecanismos alternativos de solución de controversias en todos los ámbitos de la administración de justicia. Se ha dicho, además, que la reforma establece tales mecanismos como un derecho de los particulares.²

Ya antes de la reforma constitucional, el Congreso del Estado de Jalisco había aprobado, el 30 de diciembre de 2006, la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, misma que entró en vigor con algunas modificaciones el 1o. de enero de 2009.³

² Díaz, Luis Miguel, *La justicia civil en la Constitución Política*, p. 3, ensayo ganador del Premio de Investigación Jurídica 2009 de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., accesible en www.bma.org.mx.

³ La Ley ha sido reformada en su contenido y transitorios por Decretos 22138/LVIII/07 (*Periódico Oficial “El Estado de Jalisco”*, 27 de diciembre de 2009); 22216/LVIII/07 (*Periódico Oficial “El Estado de Jalisco”*, 29 de abril de 2008) y 22628/LVIII/09 (*Periódico Oficial “El Estado de Jalisco”*, 7 de abril de 2009).

El objetivo de la Ley es implementar un sistema integral de medios alternos de solución de controversias en los ámbitos civil, familiar y penal, bajo la competencia del Instituto de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, órgano del Poder Judicial del Estado.

Su ámbito de atribuciones es de lo más amplio. Comprende la promoción y difusión de los medios alternos; el establecimiento y gestión directa de centros públicos y sedes regionales y municipales; la acreditación de centros privados; la capacitación y actualización de los prestadores de servicios, su evaluación y certificación; la supervisión, vigilancia y sanción de unos y otros, así como la investigación científica en la materia, entre otras.

En el ámbito material de la Ley están comprendidas, aunque no únicamente, figuras típicas de los medios alternos, como son la mediación, la conciliación y también la figura que ahora nos interesa: el arbitraje civil.

Así, por “método alternativo” la Ley define genéricamente: “[e]l trámite convencional y voluntario, que permite prevenir conflictos o en su caso, lograr la solución de los mismos, sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para su cumplimiento forzoso”.⁴ En esta definición genérica se comprende el arbitraje, en tanto que participa de las características señaladas.

En efecto, es convencional, pues como todo arbitraje, el civil tiene su base en un acuerdo arbitral. Así, la Ley define “Acuerdo Alternativo Inicial” como el “Documento mediante el cual las partes se obligan a someter la prevención o solución de determinado conflicto a un método alterno. Cuando conste en un contrato, se denomina cláusula compromisoria y es independiente de este”.⁵ Aquí, la Ley comprende genéricamente cualquier acuerdo, incluido el acuerdo arbitral.

⁴ Artículo 3o., fracción XV.

⁵ Artículo 3o., fracción I. La noción de cláusula compromisoria es típica del arbitraje. También corresponde a nuestra materia la noción de autonomía, separabilidad o independencia de la misma. *Cf.* artículos 1416, fracción I y 1432 del Código de Comercio.

En cuanto a la voluntariedad, esta va definida por la propia Ley en los siguientes términos: “La participación de los interesados en el método alternativo deberá realizarse con su consentimiento y bajo su absoluta responsabilidad”.⁶

Las definiciones de “arbitraje” y “árbitro” en la Ley utilizan términos más propios, como “procedimiento”, en lugar del genérico “trámite”, empleado en la definición de método alternativo. Se dice que las partes “someten” a la decisión de árbitros la solución de una controversia presente o futura. Y se aclara que se trata de un procedimiento adversarial, distinguiéndolo de los medios autocompositivos previstos en la misma Ley. Se emplean, también, nociones como la conducción del procedimiento o la emisión de un “laudo”.⁷

La Ley define a quién se considera prestador del servicio de medios alternos: “Se considera al mediador, conciliador o árbitro que interviene en el procedimiento de los medios alternos de justicia previstos en esta ley”.⁸ Está claro, pues, que fue intención explícita del legislador el incluir al arbitraje civil y a los árbitros en el ámbito material de la Ley.

Ahora bien, visto que el arbitraje ya contaba, desde antes de la Ley de Justicia Alternativa, con una legislación sustantiva y procesal, el artículo 5o. de la Ley señala que “[e]l arbitraje procederá conforme a lo establecido en los códigos civil y de procedimientos civiles del Estado”.

Cabe preguntarse si algo ha cambiado en materia de arbitraje civil con motivo de la entrada en vigor de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco. En otras palabras, cuáles son las consecuencias de la inclusión de esta figura —que ya estaba previamente regulada en el Código Civil y en el de Procedimientos Civiles— en la señalada Ley de Justicia Alternativa.

⁶ Artículo 4o., fracción I.

⁷ Artículo 3o., fracciones III y IV.

⁸ Artículo 3o., fracción XVIII.

A nuestro entender, la principal consecuencia de la inclusión es que ahora el arbitraje civil es una actividad administrativamente regulada por el estado.

En efecto, la lógica subyacente en la Ley de Justicia Alternativa es que los medios alternos de solución de controversias constituyen una actividad complementaria al sistema de administración de justicia y, como tal, es originaria del Estado, el cual es el responsable natural y directo de su implementación. Solo por vía de una desconcentración por colaboración el Estado puede autorizar a particulares para su desempeño, siempre sujetos a requisitos legales, a vigilancia y a sanciones.

Siguiendo esta lógica, la Ley regula la figura del “centro”, como aquella “[i]nstitución pública o privada que preste servicios de métodos alternativos conforme a lo dispuesto en la presente Ley”.⁹

Los centros están obligados a acreditarse ante el Instituto de Justicia Alternativa, cumpliendo requisitos tales como “contar con prestadores debidamente certificados”, así como con “instalaciones adecuadas para las sesiones y demás actividades”.¹⁰ Los centros privados, además, deberán demostrar jurídicamente su constitución, existencia y representación, así como contar con el o los reglamentos institucionales necesarios para su desempeño.

Al parecer, en la concepción de los legisladores jaliscienses todo árbitro, en tanto que prestador de servicios de medios alternos, ha de actuar vinculado establemente a algún centro y bajo sus auspicios. En efecto, entre las responsabilidades de los centros están el cumplir y hacer que las personas que prestan servicios de métodos alternos dentro de su organización, cumplan con los requisitos y obligaciones que establece la Ley.¹¹

Cabe preguntarse aquí si la Ley permite o no la existencia de arbitrajes *ad hoc*, es decir, de aquellos en los que las partes han

⁹ Artículo 3o., fracción VI.

¹⁰ Artículo 19, fracciones II y IV. Estos requisitos son los únicos aplicables a los centros públicos.

¹¹ Artículo 21. Los centros también deben rendir informes de su actividad y permitir visitas de inspección.

dispuesto que se conduzcan sin la asistencia y sin la aplicación del reglamento institucional de una administradora (o centro, según el lenguaje de la Ley).

Por su parte, el artículo 14 de la Ley dispone que los árbitros “que operen en las instituciones que presten los servicios de medios alternativos de solución de conflictos”, deberán ser certificados por el Instituto.

Los árbitros, para ser certificados, deben, a su vez, cumplir ciertos requisitos, de los cuales mencionaremos solo algunos y aprovecharemos para hacer una brevísima crítica.

Estar en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos: la referencia a derechos políticos parece indicar que solo los mexicanos pueden ser árbitros en Jalisco. Limitante injustificada y anacrónica, que terminaría por reducir las opciones de los justiciables a los que supuestamente se pretende beneficiar.

Tener domicilio en el estado de Jalisco: no se ve por qué árbitros domiciliados fuera del estado deban estar impedidos para actuar en un arbitraje civil en Jalisco. Reproducimos la crítica anterior.

Cumplir con los programas de capacitación que establezca el Instituto, o bien, en el caso de personas especializadas, acreditar sus estudios y práctica en la materia; aprobar las evaluaciones en los términos de la ley; contar con título profesional: al respecto, el Instituto aparece como el monopolio del control sobre la competencia técnica de los árbitros. Esta disposición es inédita en materia arbitral. Tradicionalmente los árbitros no tienen foro ni requieren, por tanto, de certificación de organismo público alguno.

La designación y confirmación de los árbitros en el mundo se debe, antes que nada, a su prestigio y a la confianza que las partes desean depositar en ellos dada su trayectoria y conocimientos especializados. Por otra parte, no es raro que el papel de los árbitros recaiga en no abogados.

Entendido esto, nos parece que este requisito es excesivo, invasivo de la autonomía privada y que, lejos de abonar a la confiabilidad del arbitraje, jugaría en su perjuicio. Un ejemplo tomado de la práctica: aunque limitada, existe en la Ley de Obra Pública

del Estado la posibilidad de someter a arbitraje las controversias en materia de obra pública. ¿Por qué no es operativa esa posibilidad? Porque solo pueden fungir como árbitros aquellas personas que cuenten con registro ante la Secretaría de la Contraloría.¹² Naturalmente ningún contratista puede razonablemente confiar en que tales árbitros gozarán de la indispensable independencia e imparcialidad.

Aun cuando las disposiciones de la Ley de Justicia Alternativa aplicables al arbitraje civil se limitan en principio a la esfera administrativa, nos preocupa que su inobservancia pueda tener repercusiones negativas en el fondo de los arbitrajes que se lleven a cabo en Jalisco o en la ejecutabilidad de los laudos que se dicten en la entidad.

En efecto ¿puede descartarse que un juez civil niegue la ejecución de un laudo si constata que el árbitro que lo dictó es extranjero, que reside fuera de Jalisco o que no se encuentra certificado por el Instituto? Después de todo —alegraría la parte ejecutada— la Ley de Justicia Alternativa es de orden público y de observancia general en el estado.¹³

Por otra parte, la Ley prevé la imposición de multas a quienes incurran en acción u omisión que signifique realizar el servicio contrario a la propia Ley.¹⁴ ¿Debería el Instituto sancionar a un árbitro no certificado, o incluso, al centro acreditado que lo nombrara para resolver un arbitraje?

Las hipótesis planteadas no son de laboratorio. Muchos contratos inmobiliarios y de prestación de servicios profesionales (materialmente civiles) están sometidos a cláusulas arbitrales que prevén la intervención de instituciones administradoras nacionales¹⁵ o internacionales y a autoridades nominadoras no acredi-

¹² Artículo 271 de la Ley de Obra Pública del Estado de Jalisco.

¹³ Artículo 1o.

¹⁴ Véase, por ejemplo, artículos 87, fracción II, y 88, fracción IV.

¹⁵ En México, merecen mención por su seriedad: la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Canaco), en www.arbitrajecanaco.com.mx; el Centro de Arbitraje de México

tadas ante el Instituto y que previsiblemente nombrarán como árbitros a personas no certificadas por el Instituto.

Nos enfrentamos a un problema cultural. Mientras que una mentalidad estatista asume que la única fuente de credibilidad y certeza es el Estado, la mentalidad prevaleciente entre quienes ejercen el arbitraje requiere amplios márgenes de autonomía y libertad para funcionar.

En otras palabras, sostenemos que el florecimiento del arbitraje necesita un sistema que limite la intervención del Estado y promueva y respete la autonomía privada, tal como lo exige el principio de subsidiariedad.

III. LA SUBSIDIARIEDAD COMO PRINCIPIO

La noción de subsidiariedad fue por primera vez definida en el contexto de la Doctrina Social de la Iglesia por Pío XI y ha cobrado relieve como un principio importantísimo de la filosofía social.

No obstante su fundamento en la Doctrina Social de la Iglesia: "...no se trata de un principio deducido, ni mucho menos, del orden sobrenatural, sino arrancado de la experiencia histórica y de la esencia natural propia de toda asociación de hombres. Se establece por ello la subsidiariedad en el terreno estrictamente filosófico. Podrá ser estudiada desde niveles sociológicos, económicos y políticos. Pero su *sede* propia es la filosofía social".¹⁶

Tan es así que estructuras políticas de tipo federal, como la Comunidad Europea, están informadas por este principio. En efecto, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957), en su artículo 5o., hace el reparto de com-

(CAM), en *www.camex.com.mx*, y el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), en *www.caic.org.mx*. En materia de servicios profesionales de abogados, destaca como autoridad nominadora la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. (BMA), en *www.bma.org.mx*.

¹⁶ Gutiérrez García, José Luis, *Conceptos fundamentales en la doctrina social de la Iglesia*, t. IV: R-¿, Madrid, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1971, p. 300.

potencias entre la Comunidad y los Estados miembros con base en el principio de subsidiariedad:

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

Así como la subsidiariedad sirve para no privar a los cuerpos inferiores (llámense Estados miembros, entidades federativas o municipios) de su capacidad de acción, que de otro modo quedarían cedidas a favor de estructuras de orden superior (Comunidad Europea o Federación), también es aplicado a la contención que debe observar la autoridad pública, en cualquiera de sus niveles o ámbitos, de cara a las sociedades intermedias conformadas por particulares.

El documento que por primera vez refiere como tal al principio de subsidiariedad, en 1931, es la carta encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pío XI. En ella se dice:

Conviene... que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función subsidiaria, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación.¹⁷

¹⁷ *Quadragesimo Anno*, encíclica del Papa Pío XI, 15-VI-1931, consultada en *El mensaje social de la Iglesia*, 3a. ed., Madrid, Ediciones Palabra, documentos MC, 1991, p. 97.

En virtud de este principio: “...ni el Estado ni sociedad alguna deberán jamás substituir la iniciativa y la responsabilidad de las personas y de los grupos sociales intermedios en los niveles en los que éstos pueden actuar, ni destruir el espacio necesario para su libertad”.¹⁸

Por ello: “...conforme a este principio, todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda («subsídium») —por tanto de apoyo, promoción, desarrollo— respecto a las menores”.¹⁹

La encíclica *Centesimus Annus* del Papa Juan Pablo II previene sobre las consecuencias de violentar este principio: “Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos...”.²⁰

Parece reflejarse aquí la situación de más de un Poder Judicial que conocemos: gratuidad, que es lógica asistencial elevada a rango constitucional; pérdida de energías humanas en múltiples instancias que generan lentitud y saturación; aumento exagerado de los aparatos públicos; lógicas burocráticas en el dictado de sentencias y en la medición de la eficiencia judicial.

A la luz del principio de subsidiariedad se observa el punto quizá más débil de la clásica garantía constitucional de acceso a un juez público y gratuito. Y es que este dogma fundamental termina enfrentando necesariamente al Estado a la ley económica de la escasez de los recursos.

¹⁸ *Libertatis Conscientia* de la Congregación para la Doctrina de la Fe. 22-II-1986, siendo prefecto de dicha Congregación el cardenal Joseph Ratzinger, consultada en la obra *El mensaje social de la Iglesia*, cit., p. 634.

¹⁹ *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, México, Pontificio Consejo «Justicia y Paz», Librería Editrice Vaticana. Ediciones CEM/Conferencia del Episcopado Mexicano, 2004, p. 102.

²⁰ *Centesimus Annus*, encíclica del Papa Juan Pablo II, 1-V-1991, consultada en *El mensaje social de la Iglesia*, cit., p. 809.

Como lo evidencian los hechos, está más que justificada la preocupación de que los esfuerzos —sin duda bienintencionados— de poner en marcha un Instituto de Justicia Alternativa bajo la dependencia del Poder Judicial del Estado no rindan los frutos esperados.²¹

En este contexto de preocupación, resultan oportunas las indicaciones del profesor francés Bruno Oppetit, quien afirma que: “El arbitraje responde perfectamente, en una perspectiva postmoderna, a las exigencias del principio de subsidiaridad, que renace hoy con vigor en la cultura europea, después de siglos de exaltación de la soberanía estatal”.²²

Según Oppetit, el derecho al juez, que es el núcleo duro de la cuestión constitucional, puede ejercerse indistintamente ante un juez público o ante un juez privado. En esta lógica se vería indiscutiblemente legitimado el derecho de todo interesado a recurrir al arbitraje:

Históricamente, todos los países con una gran tradición jurídica han tenido que admitir la eventualidad de la solución de los diferendos al margen del aparato estatal por la intervención de terceros, simples particulares ajenos al mundo judicial, variando la solución según el tipo de justicia que prevalecía en un momento determinado en un país dado. La justicia alternativa, en efecto, tan sólo tiene un espacio muy reducido en un sistema en el que la justicia instituida según un modelo autoritario, que centraliza la función del juez y la convierte en una actividad especializada por

²¹ El nombramiento del primer director del Instituto por parte del Congreso del Estado se vio contaminado por la política partidista, no obstante el supuesto origen ciudadano de las propuestas. Fue tardío y, al parecer, la validez jurídica de este nombramiento será decidida en última instancia por la justicia federal. Por otra parte, se anticipa un camino tortuoso para su dotación presupuestaria. El Instituto carece hoy de infraestructura operativa. Estas circunstancias gestacionales ponen razonablemente en duda la viabilidad y, sobre todo, la credibilidad social del Instituto. El autor espera sinceramente estar en error a este respecto.

²² Oppetit, Bruno, *Teoría del arbitraje*, trads. de Eduardo Silva Romero *et al.*, Colombia, Editorial Legis, 2006, p. 289.

parte de los sujetos que se encuentran en una relación que los vincula con el Estado, tanto en lo que concierne al origen de sus funciones, como en cuanto a su estatuto y a las reglas que deben aplicarse: la justicia se vincula, entonces, a un conjunto de instituciones soberanas que dependen de un servicio público. En un modelo liberal, el Estado no pretende tener el monopolio del juzgamiento de los conflictos entre los particulares, en nombre de un principio de subsidiariedad recientemente redescubierto, a favor de la generalización de los mecanismos de la economía de mercado y del paso del estatuto al contrato, y acepta la autonomía de los individuos en la búsqueda de un mecanismo de solución de los conflictos que les atañen. Por último, encontramos muchos sistemas mixtos que reconocen la legitimidad de este deseo de justicia privada, aunque limitándolo y regulándolo.²³

IV. RASGOS DE LA SUBSIDIARIEDAD EN LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE

El principio de subsidiariedad anima los principales instrumentos que regulan el arbitraje comercial, tanto nacional como internacional. Tomaremos de él las indicaciones necesarias para sugerir un nuevo modelo para el arbitraje civil.

El artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contiene el compromiso de los gobiernos signatarios de promover y facilitar el recurso al arbitraje y a otros medios de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio de América del Norte. A tal fin, cada parte se obligó a disponer procedimientos adecuados que aseguren la observancia de las cláusulas arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

Los medios normativos para el cumplimiento de esta obligación están especificados en el texto del TLCAN. Son la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución

²³ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

ción de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975). Ambos instrumentos forman parte ya del orden jurídico mexicano.

Dentro de estos instrumentos, evidencian una lógica de ayuda o *subsidiium* figuras como la remisión al arbitraje, en la que el juez está obligado a abstenerse de conocer el fondo de una controversia que es materia de un acuerdo de arbitraje y, en su lugar, debe remitir a las partes a la esfera del arbitraje privado.²⁴

Lo mismo ha de decirse de la limitación que se impone a las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos; del correspondiente principio de no revisión de fondo de los mismos por parte del juez y de la aplicación de la ley más favorable a la ejecución.²⁵

A nivel interno, México adoptó en 1993 la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), modernizando así su legislación en la materia. Recientemente, se reformó el Código de Comercio con la finalidad de detallar las vías procesales para que los jueces estatales desempeñen su actividad en apoyo al arbitraje.²⁶ Aquí, el Estado mexicano asumió frente a los actores privados una posición de *subsidiium* mediante la adopción de una ley claramente favorable al arbitraje.

En las normas precitadas encontramos aplicaciones concretas del principio de subsidiariedad, por ejemplo, en la figura de la *kompetenz-kompetenz*, según la cual es el propio tribunal arbitral el que conserva la facultad para decidir sobre su propia competencia con preferencia al juez estatal;²⁷ en la facultad de las partes

²⁴ Convención de Nueva York, artículo II.

²⁵ Convención de Nueva York, artículos IV, V y VII. *Cf.*: Convención de Panamá, artículos 4o. y 5o.

²⁶ Código de Comercio, artículos 1464 al 1480 (capítulo X. De la intervención judicial en la transacción comercial y el arbitraje).

²⁷ Código de Comercio, artículo 1432. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 16.

de autorizar a una institución arbitral para adoptar decisiones en el procedimiento arbitral;²⁸ en el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje;²⁹ en la ya mencionada remisión al arbitraje;³⁰ en la facultad del tribunal arbitral de ordenar providencias precautorias y la obligación de los tribunales estatales de ejecutarlas;³¹ en la posibilidad de solicitarlas a los tribunales estatales en apoyo al arbitraje;³² en el principio de conducción del tribunal arbitral;³³ en la limitación de las causales de anulación o denegación de reconocimiento y ejecución de los laudos y providencias precautorias,³⁴ etcétera.

En fin, puede adivinarse el influjo de la subsidiariedad en todas las disposiciones que limitan la intervención del Estado a favor de la autonomía privada y en toda actividad de este, ordenada a cooperar con los particulares en la resolución de sus controversias mediante el arbitraje.

En este orden de ideas, la Ley de Justicia Alternativa adolece de una visión y mentalidad estatista que plantea como prioridad el desahogo de la administración de justicia estatal y no precisamente un principio que reivindique la esfera de autonomía de los particulares para la solución de sus controversias. En segundo lugar, la mencionada Ley introduce evidentes distorsiones a la

²⁸ Código de Comercio, artículo 1417, fracción I. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 2o., inciso d).

²⁹ Código de Comercio, artículo 1421. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 5o.

³⁰ Código de Comercio, artículo 1424. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 8o. Código de Comercio, artículos 1464 y 1465.

³¹ Código de Comercio, artículos 1433 y 1479. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 17.

³² Código de Comercio, artículo 1425. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 9o.

³³ Código de Comercio, artículo 1435. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 5o.

³⁴ Código de Comercio, artículo 1457 y 1462. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículos 34-2 y 36-1. Código de Comercio, artículos 1471 al 1475 y 1480.

autonomía privada, al someter a los árbitros e instituciones administradoras a requisitos y controles públicos que desentonan del todo con la institución arbitral.

Finalmente, detectamos que las disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles del Estado constituyen una regulación deficiente si la comparamos con la existente en materia comercial, de inspiración internacional. Con un marco jurídico así, es difícil que los particulares se sientan inclinados a recurrir al arbitraje en Jalisco.

Resulta indispensable, entonces, para la eficacia del arbitraje civil, en primer lugar, el que la legislación de la materia esté basada en la lógica correcta. A nuestro entender, esta lógica no es otra que la de la subsidiariedad. Solo así contaremos —por vía de consecuencia— con una judicatura favorable al arbitraje y una razonable expectativa de que esta figura cumpla su función.

Mi propuesta es concreta: en primer lugar, la sustracción del arbitraje civil como materia regulada por la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco.

En segundo lugar, la aprobación de una Ley de Arbitraje Civil para el Estado de Jalisco que incorpore, por un lado y con el menor número de modificaciones posible, el texto de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, incluidas las reformas propuestas por dicha Comisión en 2006 y, por el otro, el texto del capítulo X del título de arbitraje del Código de Comercio.

En congruencia con lo anterior, la derogación de las disposiciones relativas del Código Civil³⁵ y del Código de Procedimientos Civiles del Estado³⁶ que sean incompatibles con la nueva ley.

Finalmente, la reforma de aquellas disposiciones dispersas en materias diversas, por ejemplo, arbitraje condominal o en contratos administrativos, a efecto de integrarlas en lo posible al nuevo sistema.

³⁵ Artículos 2592 al 2632 del Código Civil del Estado de Jalisco.

³⁶ Artículos 33, fracción VII; 234 al 237; 479; 508 y 730 al 757 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

V. LA NECESARIA CONTRIBUCIÓN DE LOS PARTICULARES A LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ARBITRAJE

Hemos expuesto hasta aquí la necesidad de una legislación arbitral adecuada, basada en el principio de subsidiariedad. Con ella el Estado aportaría un elemento fundamental para que la institución florezca.

Sin embargo, falta hacernos cargo de una segunda categoría de componentes que inciden en el desarrollo del arbitraje: la actuación de los particulares. Sin este análisis, cualquier juicio sería engañoso.

Entre los componentes privados nos referiremos a los abogados, a los árbitros y a las instituciones arbitrales.

1. *Los abogados en el arbitraje*

El arbitraje, por naturaleza, tiene su origen en un acuerdo. De ahí que sea necesaria una base común de entendimiento científico, ético y prudencial. En esta elección de vía, los abogados, como vigías de los agentes económicos, tienen la última palabra.

La redacción de los acuerdos arbitrales en los contratos requiere un conocimiento suficiente de la materia. De lo contrario, abundarán las cláusulas patológicas que lejos de contribuir a la solución de los conflictos, redundarán en complicaciones que, a la postre, desprestigiarán la figura y la percepción de su eficacia.

Dada su naturaleza, el arbitraje les exigirá familiaridad con prácticas “desjudicializantes” que privilegien la argumentación de fondo sobre las formalidades procedimentales. El formato del litigio arbitral exige, igualmente, competencias especiales para la argumentación oral, para el examen de testigos, para la organización consensuada del procedimiento arbitral, entre otras.

Desde el punto de vista ético, la adopción de una cláusula arbitral implica la sujeción a un régimen de máxima exigencia. Así, los abogados deberán abstenerse de prácticas judiciales que obs-

taculicen, retrasen o frustren el arbitraje. También deberán evitar prácticas que atenten contra la imparcialidad e independencia de los árbitros e incluso su apariencia, como son las comunicaciones *ex parte* con los árbitros, que en el foro judicial podrían considerarse normales (alegatos de oreja), pero que en arbitraje resultan inadmisibles.

Finalmente, los abogados en arbitraje deben ajustar su prudencia a una mentalidad privatista, que tienda a la resolución de los conflictos en sede privada y evite en lo posible la intervención judicial; a una forma de hacer que mire en primer lugar al interés concreto de su cliente, más que a la visión pura de los aspectos jurídicos; a una conducta que privilegie el acuerdo (tanto en lo procesal como en lo sustancial) y contribuya a la preservación de las relaciones privadas.

2. *Árbitros idóneos*

Los árbitros han de ser idóneos, cuando menos, desde los puntos de vista científico, prudencial y ético.³⁷

Desde el punto de vista científico, los árbitros no deben ser necesariamente abogados, aunque es recomendable en este caso la concurrencia de, por lo menos, un árbitro que lo sea y que, además, tenga conocimientos especializados y experiencia en la conducción de un procedimiento arbitral y en la redacción de laudos.³⁸

Desde el punto de vista prudencial, el árbitro ha de ser capaz de argumentar y no solamente de interpretar (en el sentido clá-

³⁷ Vigo, Rodolfo L., *Ética judicial*, conferencia magistral dictada el 7 de marzo de 2009 en el marco de las Jornadas de Derecho, organizadas por la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, y la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., Capítulo Jalisco.

³⁸ A este respecto, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) prevé la revisión previa del laudo como un mecanismo de asistencia a tribunales arbitrales que, por la materia, están más comúnmente compuestos por no abogados.

sico de desentrañar el sentido de la norma siguiendo un método reglado). Dada la desvinculación del arbitraje de los sistemas de prueba formal y tasada, una parte principal de su argumentación versará sobre los hechos.³⁹ De la solidez y persuasión de sus argumentos dependerá, en no pocos casos, el cumplimiento voluntario del laudo.

Para la reputación del arbitraje, esto es, para la percepción que los abogados tienen de él (y a través de ellos, la sociedad), probablemente el ético sea el aspecto más importante a cuidar.

No es suficiente que el árbitro se ciña al mínimo exigido por el derecho para evitar la sanción; es preciso que guíe su conducta hacia los parámetros de máximos que son propios de la ética, de modo que su actuar sea meritorio. La ética del árbitro no responde a datos puramente externos (por ejemplo, a la evidencia objetiva de circunstancias que den lugar a dudas sobre su imparcialidad e independencia), sino que es un llamado a su conciencia frente a datos internos (sus verdaderas disposiciones hacia las partes en contienda).

Tan nociva es la percepción que tienen algunas personas de un gremio arbitral monopólico y mercantilizado, como la apertura irrestricta a personas que no reúnen las condiciones para ejercerlo. Esta es, quizá, una de las cuestiones que mayor debate suscita en la actualidad.

3. *Instituciones arbitrales estables y serias*

Actualmente es difícil concebir el desarrollo del arbitraje sin instituciones que lo administren. El arbitraje *ad hoc* tiende a ser un fenómeno marginal.

Las funciones de un centro de arbitraje son variadas y todas ellas importantes. Van desde la conformación de un universo de árbitros que reúnan condiciones (sin configurar una relación

³⁹ V. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba*, 2a. ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2004, p. 10.

estable o de dependencia como la descrita en la Ley de Justicia Alternativa), hasta el diseño de reglamentos y cláusulas modelo adecuados, pasando por la administración ágil y eficiente de los procedimientos arbitrales que se les encomiendan.

Es también relevante su papel de promotores del arbitraje entre abogados y agentes privados de las diversas ramas de actividad económica, principalmente a través de actividades de educación continua y publicaciones.

Las instituciones representan auténticos centros de irradiación de la mentalidad arbitral. Por ello, deben contar con una base estable de expertos y preservarse de desviaciones en cuanto a sus fines o la percepción que se tenga de su desempeño.

A este respecto, es un error soberbio limitar el reconocimiento de instituciones administradoras a los centros de índole local. Basta un mínimo de honestidad intelectual para admitir que lo mejor del arbitraje, hoy por hoy, está fuera de Jalisco. Más que la exigencia de registros y controles por parte de la autoridad estatal, necesitamos esquemas de colaboración que nos permitan aprovechar localmente la experiencia acumulada por las instituciones nacionales e internacionales.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El principio de subsidiariedad está formulado para proteger la iniciativa y libertad de las personas, lo mismo que la de “asociaciones inferiores”, “grupos sociales intermedios” o “sociedades menores”.

Cabe ahora preguntarse, conforme al principio que tratamos, ¿es posible desarrollar el arbitraje civil en Jalisco mediante la acción individual o es necesaria la cohesión a través de sociedades intermedias?

Nuestra hipótesis es que la acción debe ser necesariamente comunitaria. Entre los ciudadanos y el Estado existen (y deben fomentarse) agrupaciones de la más diversa índole. Son ellas quienes deben actuar y pugnar por alternativas eficientes a la

judicatura y adecuadas a sus circunstancias de sector y de región.

Entre estas sociedades encontramos a los colegios de abogados, como entidades dedicadas a la profesionalización y control ético de sus integrantes. Hallamos también a las instituciones arbitrales, con los fines y medios que ya hemos descrito.

Y finalmente, consideramos que el pleno desarrollo del arbitraje no podrá darse sin la acción de la universidad como vehículo de transformación social y formadora de las personas concretas que alimenten a las entidades anteriores.

De la universidad saldrán los profesionales con las competencias específicas y la mentalidad necesaria para crear un foro de arbitraje amplio y fuerte, que haga efectivo el principio de subsidiariedad que anima la solución privada de las controversias.

De la universidad de los siglos XIX y XX emanó la concepción dogmática de un derecho de fuente estatal exclusiva y de una administración de justicia monopolizada por el soberano. De ella —y no del Estado— tendría que surgir la visión contraria.

A manera de conclusión, sostenemos que ni tratados internacionales ni leyes ni jueces más o menos empáticos serán, por sí solos, eficaces en lograr el desarrollo del arbitraje civil en Jalisco.

Para ello, es indispensable que las comunidades intermedias implicadas (agrupaciones civiles, colegios de abogados, centros de arbitraje y universidades) asuman activamente su papel de entidades tuteladas por el principio de subsidiariedad y limiten la acción estatal a los ámbitos en que la acción de los particulares no sea suficiente o adecuada para la resolución de los conflictos privados.