

CAPÍTULO PRIMERO

EL ARBITRAJE PRIVADO

1. Importancia de la Institución	19
2. Ubicación jurídica del arbitraje	27
3. Estructura del arbitraje	31
4. Concepciones sobre el arbitraje	34
5. El acuerdo	39
6. La cláusula compromisoria	42
7. El compromiso	48
8. El procedimiento	61
9. El laudo	67

CAPÍTULO PRIMERO

EL ARBITRAJE PRIVADO

1. *Importancia de la institución.*

Contiendas tienen entre sí los hombres algunas veces y las ponen en manos de avenidores, decían las Partidas; y la carta de tal avenencia llámanla compromiso, continuaba el monumento jurídico español más importante. En este compromiso las partes acordaban escoger a un tercero por avenidor, árbitro o arbitrador y por amigo común, sobre la contienda o pleito que era entre ellos, y debíalo así escribir el notario en la carta en que las partes prometían al árbitro de estar y de cumplir y obedecer todo cuanto éste hiciere, juzgare o mandare en el pleito. También le otorgaban poder de mandar en escrito o verbalmente, en día feriado o no estando las partes presentes, guardando el orden del derecho o no, en cualquier lugar y tiempo, y que pudiera prender las partes, y hacer cumplir su juicio o mandamiento; que pudiera declarar e interpretar las palabras de su juicio si fuesen oscuras o naciese alguna duda sobre ellas, prometiendo que obedecerían todas las cosas escritas en la carta y las tendrían por firmes y no irían contra ellas por sí ni por otro en ningún tiempo ni de manera alguna, bajo pena de mil maravedís que sería pagada tantas veces cuantas hiciesen algo en contra de lo juzgado o mandado. Y para que estas cosas fueren más firmes y estables, se obligaban el uno al otro, a sus herederos, y bienes, y renunciaban de toda ley y de todo fuero; pero si las partes quisieren poner su pleito de otra manera, el escribano lo asentaría del modo que las partes se avinieren.¹

En cuanto a los juzgadores privados, árbitros en latín y avenidores en romance, decía la misma Partida, eran las personas es-

¹ Tercera Partida, título XVIII, ley 106.

cogidas o puestas por las partes para librar la contienda. Si juzgaren en derecho, desde que los avenidores recibieren y aceptaren conocer el pleito, deberían dirigirlo como jueces ordinarios, haciéndole comenzar por demanda y respuesta, oyendo y recibiendo pruebas, razones y defensas de cada parte, y dar sentencia como entendieren que debiera ser según derecho. La otra manera se llamaba arbitradores en latín o albedriadores y amigos comunes, escogidos por avencia de las partes para decidir en la forma que tuvieran a bien; los cuales, una vez elegidos y recibido el pleito, oírían las razones de las partes y las averdrían de cualquier modo que tuvieran a bien; y aunque no comenzaren los pleitos por demanda y contestación ni acatasen las otras cosas que los otros jueces debieran observar, valdría su sentencia o la avenencia que hicieren entre las partes, siempre que actuaren de buena fe y sin engaño, pues si sucediese lo contrario, la sentencia sería enmendada por otros hombres buenos escogidos por los jueces del lugar. Las partes deberían precisar el pleito que sometieren a los avenidores, señalando la cosa sobre que contendían, si era una o varias, o si presentaban todas las que tuvieran hasta ese día; dirían qué poder otorgaban al avenidor, porque éste no podría conocerlo ni decidirlo sino respecto a las cosas y en la forma que las partes se lo otorgasen. Si no se pusiere pena por no obedecer la sentencia, no estarían las partes obligadas a acatarlo, a menos que no lo contradijeren en un plazo de diez días. Todo ello debería constar en carta hecha por escribano público o en carta sellada.²

La institución, tomada del Derecho romano como las mismas Partidas lo indicaban, era practicada en la época bíblica como lo muestra el ejemplo de JACOB y LAVÁN, aunque cabe recordarla en materia internacional con el conflicto relativo a la sucesión del trono de DARÍO, resuelto por ÁRTABANES en favor de JERJES, o con la controversia surgida entre CIRO y el rey de Asiria, que JENOFONTE sostiene fuera decidida por un príncipe de la India.³ Si hubiera, pues, necesidad de describirla con un mínimo de carac-

² Tercera Partida, títulos IV y XXIII a XXXV.

³ CONTUZZI, Francesco P.: "Arbitrati internazionali", *Il Digesto italiano*, Torino 1896, Volume IV, Parte prima, p. 308. OTTOLENGHI, Mauricio A.: "Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1943, Y. I., p. 159.

teres, susceptibles de encontrarse en cualquier hipótesis de arbitraje público o privado, podría decirse que se presenta, cuando dos o más sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. La discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el acuerdo y la decisión del pleito, son las notas que permanecen constantes; pero alrededor de cada una de ellas surgen cuestiones y complicaciones que son la causa de que esta figura se entienda de tan diversas maneras por la doctrina y la legislación, y de que en ciertos períodos históricos se le olvide y en otros se le cultive con entusiasmo.

La institución, mal comprendida por la doctrina y menospreciada por la práctica, dice CARNELUTTI,⁴ que ha llegado a ser condenada a desaparecer, está más viva que nunca. Su vitalidad está en la utilización de la obra combinada de las partes en la elección del juez que es el alma del proceso civil. Ante la tendencia a desvalorizar cada vez más a la parte como órgano del proceso en beneficio de los poderes del juez, dirección de hipertrofia del Estado, la consigna debe ser descentralizar, no sólo en el campo administrativo y legislativo, sino también en el judicial. El poder de la parte es el instrumento precioso de la descentralización judicial, refrenado en un sistema de cargas y responsabilidades. Se puede y debe liberar el costo de la administración de justicia, comenzando por la elección del juez, lo cual ocurre en el arbitraje, cuya ventaja está en que por medio de él, se ajusta el juez a la litis. Por la libertad que se puede consentir a los árbitros, en la regulación del procedimiento, el proceso se ajusta a la litis en interés de la justicia. El medio excelente para la elección del juez no es una parte sino las dos partes conjuntamente.

El arbitraje puede contemplarse tanto en el Derecho internacional como en el privado. En el Derecho romano toma dos formas: a) el libremente convenido mediante el “compromissum”, llamado el “receptum arbitrii”, y que desde Justiniano ya no necesita de la forma estipulatoria; y b) el que aparece en el sistema formulario, donde la autoridad propone un programa procesal, con nombramiento del “Judex privatus”, mención de la “actio”,

⁴ CARNELUTTI, Francisco: *Estudios de Derecho procesal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1952, vol. II, p. 532.

la “exceptio”, la “replicatio”, etc., la limitación de la posible condena a un máximo, y posible limitación del efecto novatorio de la “litis contestatio”. La fórmula era, entonces, contrato procesal, autorización del arbitraje, y nombramiento de un ciudadano como juez privado. Después de DIOCLECIANO, el proceso romano pierde su carácter complejo de arbitraje privado y proceso público.⁵ Recogido por el Derecho español, sufrió en otros países un ocaso que ha forzado a la doctrina francesa a invocar, apenas, el edicto de FRANCISCO II, de agosto de 1560, imponiendo el arbitraje para dirimir las diferencias entre comerciantes, las demandas de partición o las cuentas de tutela y administración. A pesar de esta reaparición, posteriores reacciones abolieron el arbitraje voluntario y jurisprudencialmente atacaron el valor de la cláusula compromisoria.⁶

En el campo internacional el fenómeno es semejante, y los tratadistas prefieren arrancar del Tratado General de Amistad, Comercio y Navegación, comúnmente llamado “Tratado Jay”, celebrado entre el Reino Unido y los Estados Unidos en 1794, por cuanto representa la iniciación del moderno arbitraje, después de un período de más de un siglo en que su práctica cayó en desuso.⁷

Declive y resurgimiento serían índices suficientes para suponer que la institución lleva en sí cualidades intransmisibles al proceso judicial, con el cual coexiste, no sólo por obra de la legislación, sino por la multiplicación de organismos privados y por la creciente tendencia a introducirla en fórmulas simplificadas y eficaces, ahí donde todavía se le oponen obstáculos anacrónicos, tal como se observa en numerosos proyectos de leyes uniformes y en convenciones internacionales.⁸

En el fomento del arbitraje privado destacan las necesidades del comercio internacional, a ellas se atribuye que en Francia,

⁵ *Novela* 82.11, *Codex* 2.55, *Digesto* 4.8.

⁶ ROBERT, Jean: *Traité de l'arbitrage civil et commercial en Droit interne*, Paris 1955, pp. 7 y 8.

⁷ SIMPSON, J. L. and Hazel Fox: *International Arbitration*, London 1959, p. 1.

⁸ QUINCY, Wright: “Arbitration as a symbol of internacionalism”, en *International trade arbitration. A road to World-Wide Cooperation*, Ed. by Martin DOMKE, N. Y., 1953, p. 3. NOBILI, Rafeale, *Studi di diritto privato e straniero*, Padova 1957, reseña bibliográfica en *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, año x, núm. 29, p. 214, nota 9. WEILL, Louis, *Les sentences arbitrales en Droit international privé*, Paris 1906, pp. 196, 218 y 236.

donde la validez de la cláusula compromisoria fuera rechazada por una interpretación jurisprudencial que subsistió cerca de ochenta años, por ley de 31 de diciembre de 1925 se prescribiera su reconocimiento, en la inteligencia de que éste fue respetado en el mismo lapso cuando la cláusula se incluía en contratos internacionales.⁹

Pero el arbitraje no se ha limitado a las relaciones internacionales públicas o comerciales. En el campo civil ha tenido destacada consideración, como se colige de la historia protocolaria de las notarías mexicanas, pues en los albores de la Colonia, el 9 de noviembre de 1527, se registra el primer compromiso para zanjar todas las diferencias entre un clérigo y un particular, designando como componedores a dos personas, una de ellas escribano público.¹⁰ Su influencia ha sido tal, que para limitar el origen al contrato compromisorio, ha sido menester negar a las disposiciones testamentarias inherentes a una institución de herederos, a un legado o a un "modus", su calidad de fuentes, estimando que siempre será necesario un acuerdo que habrá de concluirse en observancia o en obsequio al testamento mismo.¹¹

Aunque la doctrina afirma que, por su índole de controversias, se excluyen del conocimiento de los árbitros la existencia de delitos a efectos penales, y es dudoso que se les pueda encomendar el decidir de las consecuencias puramente patrimoniales de un delito sobre el cual se haya pronunciado ya el juez penal o de un delito sobre el que ya no pueda pronunciarse;¹² no faltan informes en el sentido de resolver acerca de la culpa de la víctima en un accidente en que sufrió la pérdida de una parte de un dedo de la mano,¹³ y también se admite que originalmente, en el Derecho romano, el arbitraje se empleaba en todas las materias, aún en la criminal, y sólo más tarde se le descartó de aquellos litigios en que entraba en juego el interés del Estado.¹⁴

⁹ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 90.

¹⁰ MILLARES, Carlo A. y J. I. MANTECÓN: *Índice y extractos de los Protocolos del Archivo de Notarías de México*, D. F., México, 1946, t. I, p. 204.

¹¹ REDENTI, Enrico: *El compromiso y la cláusula compromisoria*, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, Bs. As. 1961, p. 23.

¹² REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 75 y 76.

¹³ GOTSHAL, Sylvan: *¿Quién quiere pelear?*, en *Selecciones del Reader's Digest*, t. XII, mayo de 1961, pp. 87 y ss.

¹⁴ WEILL, Louis, *op. cit.*, p. 7.

En lo laboral, si bien las disputas entre patrones y obreros han pasado por los estadios de las negociaciones y la conciliación para llegar hasta el arbitraje llamado obligatorio, que funciona por establecimiento y reglamentación legales y se aplica sin tomar el acuerdo de las partes para someterse a sus fines, como en Australia, Nueva Zelanda, México y Francia de 1936 a 1939;¹⁵ también se utiliza el arbitraje voluntario como el aceptado en Bélgica, Chile, Estados Unidos (en materia de ferrocarriles), Finlandia, Gran Bretaña, Países Bajos, Rumania, Suecia, Suiza, Unión Sudafricana, Venezuela, Yugoslavia y el mismo México (en conflictos acompañados de huelga), caracterizado por la existencia de una reglamentación legal, que no deja su funcionamiento a las estipulaciones del convenio colectivo, y donde los organismos de arbitraje funcionan exclusivamente a petición de los interesados.¹⁶

Por último, no faltan ejemplos de laudos pronunciados en cuestiones tradicionalmente consideradas administrativas, como la surgida entre un Ayuntamiento del Estado de San Luis Potosí y una compañía mercantil, consistente en la fijación del monto de la indemnización debida al primero por el uso de las aguas que disfrutó la segunda, resolución dictada por el Gobernador del propio Estado el 21 de septiembre de 1900, quien la emitió persuadido de obrar dentro de sus facultades administrativas.¹⁷ Este sistema se encontraba establecido en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito de 1884 y rige todavía en los Estados de Tlaxcala y Zacatecas, que han conservado la disposición del artículo 1275 del primero, en el sentido de exigir la autorización del Ejecutivo estatal para que los ayuntamientos y directores o administradores de establecimientos públicos sujeten a juicio arbitral los negocios de su cargo.

Este proliferar del arbitraje en todos los campos y ramas del Derecho, obedece también al impulso que ha recibido de organis-

¹⁵ MARTÍN PÉREZ, Angel: *La conciliación y el arbitraje en el Derecho comparado*, México 1942, p. 20.

¹⁶ MARTÍN PÉREZ, Angel, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷ ESCONTRÍA, Blas: "Laudo pronunciado en la cuestión de Aguas entre el Ayuntamiento del Venado, representado por el licenciado Primo Feliciano Velázquez y los señores J. H. Bahnsen y Compañía"; en *La Ciencia Jurídica*, Revista y Biblioteca quincenal de doctrina, jurisprudencia y ciencias anexas, t. v. México 1901, pp. 5 a 9.

mos nacionales como la *American Arbitration Association* en los Estados Unidos, o transnacionales como la *Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial*, con sede en Nueva York y con delegaciones en diversos países iberoamericanos, o la *Cámara de Comercio Internacional* a cuyas promociones se debieron el Protocolo y la Convención de Ginebra y la Convención de Nueva York,¹⁸ que oportunamente serán contemplados.

Con todo, hay en el arbitraje privado algún elemento imponderable que le impide satisfacer los altos fines doctrinarios y legales. Se sabe que la importancia del arbitraje depende del árbitro, sin que ello signifique olvido para las restantes circunstancias, incluidas las materiales del local, a las que la *American Arbitration Association* ha concedido especial atención porque considera que sirven para alcanzar soluciones sosegadas y pacíficas. Pero ese árbitro ha sido, en forma generalizada actualmente, de alguna manera impuesto por el legislador a través del juez. Desde la simple intervención para suplir el nombramiento del compromitente renuente, hasta el arbitraje forzoso que impusiera en el Distrito y Territorios el Código de Procedimientos Civiles de 1932 en sus artículos 9º, 10 y 14 transitorios, y que diera lugar a una polémica pública que terminó empatada,¹⁹ las expresiones varían en cantidades insospechadas como se observará después.

Se ha dicho que el arbitraje significa un procedimiento más rápido que el judicial, menos solemne y formalista, y más privado o secreto por contraste con el proceso público.²⁰ También se ha afirmado que suprime y abrevia plazos, de donde resulta una economía de tiempo y trabajo para los mismos tribunales; favorece la transacción y disminuye la litigiosidad; evita el escándalo de ciertos juicios y reduce los abusos de los medios de defensa; atempera la animadversión de los litigantes vencidos, ennoblece la misión del jurisconsulto que dirige sus esfuerzos a la prevención de las disputas y mejora la sustanciación del pro-

¹⁸ *Naciones Unidas*. Consejo Económico y Social. E/C.2/373/Rev./Addl. 25 de febrero de 1954. Nota del Secretario General (cf. documentos de la Soc. de las Naciones. O. J. VIII, pp. 572, 582, 890-899; C. I. 03(2) M48 (1), 1927-||, A II. 1927, II).

¹⁹ *Opiniones de la Barra Mexicana sobre el arbitraje necesario*, México 1933, 6 y passim.

²⁰ BARRIOS DE ANGELIS, Dante: *El juicio arbitral*, Montevideo 1956, p. 61.

cedimiento.²¹ Y si del privado se pasa al público, ya se habla de una manera destacada de aplicar, en la dirección política por iniciativa popular, en vez del juicio político la destitución popular, consistente en establecer una especie de tribunal popular para los conflictos de poderes, aludido con el nombre de arbitraje popular, erigiendo el cuerpo electoral o poder de sufragio en juez de los conflictos. Esta sería probablemente, la más avanzada manifestación del arbitraje público que, en lo internacional, sirvió para resolver las pugnas seculares que frecuentemente modificaron la configuración territorial de los Estados.²²

Pero a esas y otras bondades reales o imaginarias, se ha replicado que la rapidez es ilusoria, por el aliciente de la chicana, que en las impugnaciones, dilaciones y reenvíos al oficio público, encuentra el medio adecuado de reproducirse. Es mito la baratura y, en países como México, los honorarios del árbitro significan una desventaja frente a la hipótesis constitucional de prohibición de las costas judiciales. En fin, se sostiene que el juez profesional presenta una imparcialidad que no es corriente en el árbitro.²³

Tal vez la observación más serena provenga de CHIOVENDA, para quien, tan exagerado es considerar al arbitraje como mero residuo del pasado, cuanto un augurio de mejor justicia futura.²⁴ El imponderable antes invocado, quizás radique en alguna otra circunstancia, como la carencia de potestad coactiva del árbitro en sentido estricto; lo cierto es que el arbitraje ha sido cuantitativamente más estudiado que el proceso judicial, con el cual unas veces se le asimila y otras se le contrapone, unas veces se le considera equivalente y otras excluyente; más solicitado en los tratados, conferencias, congresos y reuniones internacionales, porque consiste en el ajuste de las controversias por medios y reglas legales, con árbitros escogidos por las partes contendientes.²⁵ y más constantemente entregado a los particulares y agrupaciones

²¹ VILLALOBOS, Francisco J.: *Enjuiciamiento convencional*. Ensayo sobre la sustanciación civil, México 1873, p. 211.

²² LECÓN, Faustino, J.: *Tratado de Derecho político general*, t. II, Bs. As. 1961, p. 315.

²³ BARRIOS DE ANGELIS, Dante: *op. cit.*, p. 61.

²⁴ CHIOVENDA, José: *Principios de Derecho procesal civil*, traducción de José Casais y Santaló, Madrid 1922, t. I, 147.

²⁵ SEPÚLVEDA, César: *Curso de Derecho Internacional público*, México, 1960, pp. 277 y ss.

profesionales; tiene, sin embargo, menos práctica efectiva que el proceso.

2. *Ubicación jurídica del arbitraje.*

Si se atiende a las especulaciones doctrinarias o a las manifestaciones prácticas, la adscripción del arbitraje a una u otra rama del Derecho es algo relativo. Andrés BELLO partía de la idea de VATTEL, en el sentido de que los particulares pueden desentenderse de la injuria recibida o abandonar su derecho; pero a las naciones no les es posible obrar del mismo modo sin comprometer su seguridad. Todo lo que pueden hacer los países es recurrir primeramente a los medios suaves y conciliatorios para que se haga justicia en obsequio de la paz. Después que por la vía de las negociaciones han hecho valer la razón que les asiste y solicitado inútilmente una justa avenencia sobre la base de una satisfacción completa, se reducen a la transacción, la mediación y el juicio de árbitros.²⁶

En la actualidad el arbitraje es estudiado entre los medios de prevenir las guerras; pero dentro de los órganos de la justicia internacional se distinguen los tribunales arbitrales y los tribunales de justicia internacional, ambos en una etapa evolutiva inferior a la alcanzada en el orden judicial interno de cada Estado.²⁷ También aquí se encuentran las notas fundamentales: divergencia internacional, acuerdo formal entre las partes y sometimiento a un tercero para que, previo un proceso contencioso, el tribunal dicte fallo definitivo.²⁸ Como caracteres circunstanciales que permiten la clasificación, se habla del arbitraje ocasional cuando la divergencia se somete por un acuerdo especial; institucional cuando los Estados se obligan a ocurrir al arbitraje para solucionar las disputas que eventualmente se produzcan en lo futuro y no sean avenidas diplomáticamente; éste último se subdivide en limitado cuando se excluyen ciertos grupos de contiendas, e ilimitado si no se formula exclusión alguna, lo cual queda en la mera posibilidad doctrinaria.²⁹ Distinción, también secundaria, entre los

²⁶ BELLO, Andrés: *Principios de Derecho Internacional*, Madrid 1883, t. II, pp. 291 y 292.

²⁷ DÍAZ CISNEROS, César: *Derecho internacional público*, t. II, Bs. As. 1955, p. 245.

²⁸ PODESTÁ COSTA, L. A.: *Derecho internacional público*, Bs. As. 1955, t. II, p. 17.

²⁹ PODESTÁ COSTA, L. A., *op. cit.* t.II, p. 17.

medios diplomáticos y los jurídicos, está en que, sobre todo en los casos de arbitraje y solución judicial, el procedimiento es menos flexible o mucho más rígido.³⁰

Este ajuste de controversias internacionales, se distingue de la mediación en que el árbitro pronuncia una resolución en cuestiones de Derecho, en tanto el mediador propone un compromiso o recomienda lo mejor que deba hacerse, no lo más justo; y entendido también como pacto previo con normas procesales, no existió regularmente sino hasta fines del siglo XVIII.³¹ Cabe, entonces, considerar con OTTOLENGHI que el arbitraje es un instituto procesal, con bases procesalmente sentadas y con sustancia procesal.³² Sin embargo, dentro de la misma ciencia procesal, Tito CARNACINI se hace eco de las palabras de ANDRIOLI, al sostener la superficialidad de los conocimientos corrientes sobre el arbitraje, afirmando que es una materia en la que todo está por hacer.³³

En el fondo, el problema de ubicar al arbitraje en cierta rama jurídica, no depende de la mayor o menor aplicación que tenga en alguno de los campos aludidos. Si para los internacionalistas, la mejor definición del arbitraje se encuentra en el artículo 37 del convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 que expresa: "El arbitraje internacional tiene por objeto resolver los litigios entre los Estados, mediante jueces por ellos elegidos y sobre la base del respeto del derecho";³⁴ los procesalistas podrían aducir que ya en el Digesto se establecía que "El compromiso tiene semejanza de juicio y corresponde a terminar los pleitos".³⁵

Por el campo de aplicación, civilistas y mercantilistas podrían intentar la reivindicación de la figura por la profusión en que la emplean. Los mercantilistas, por ejemplo, incluirían el arbitraje, desde el punto de vista de la estructura jurídica, entre los contratos de bolsa en firme que sujetan incondicionalmente a los contratantes al deber de cumplimiento, bajo pena de ejecución o

³⁰ ULLOA, Alberto: *Derecho internacional público*, Madrid 1957, t. II, p. 283.

³¹ SEPÚLVEDA, César: *op. cit.*, p. 277.

³² OTTOLENGHI, Mauricio A.: *op. cit.*, pp. 155 y ss.

³³ CARNACINI, Tito: *Arbitraje*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1961, p. 12.

³⁴ ROUSSEAU, Charles: *Derecho internacional público*, traducción de Fernando Jiménez Artigues, Barcelona 1960, p. 487.

³⁵ *Digesto*, 4. VIII. 1.

liquidación coactiva. En este sector se habla del arbitraje de bolsa como una compraventa de títulos de crédito o mercaderías a término, hecha fuera de plaza, en relación con una contraoperación, sobre cosa del mismo género hecha en plaza, y que permite beneficiarse de la diferencia de cotizaciones, que se establece el mismo día, entre mercaderes de bolsas distantes entre sí, por lo que, jurídicamente, equiparan al arbitraje con el contrato diferencial, diverso del arbitraje de banca, o sobre divisas extranjeras.³⁶ Los civilistas recordarían que en la legislación española anterior a la reforma de 1955, el código civil autorizaba de modo general en su artículo 1820, que un tercero interviniera, previo el compromiso de los interesados, en la decisión de las contiendas que pudieran existir entre ellos; y que para el Derecho canónico, vigente por el Codex, el arbitraje es uno de los modos del compromiso, un medio de evitar el juicio contencioso que, en cuanto a las formalidades externas, implanta la legislación civil vigente del país de que se trate.³⁷

Pero las aplicaciones no se agotan con esos campos jurídicos, pues la transformación de la “*locatio operarum*” del Derecho romano, ha traído como consecuencia el Derecho laboral, que engloba las convenciones relativas al trabajo, la reglamentación de éste a través de las convenciones colectivas y la conciliación y el arbitraje. La institución laboral, que ha hecho pensar en un contrato de doble adhesión, el más socializado de los convenios,³⁸ también ha conducido a la necesidad de distinguir entre la jurisdicción del trabajo propiamente dicho y los organismos de conciliación y arbitraje que colaboran en la solución de los conflictos, por más que a menudo el legislador confíe, por razones de simplificación administrativa, a la misma persona, calidad para resolver los conflictos económicos y los jurídicos, confundiendo dentro de las funciones de jurisdicción, instancias de conciliación y arbitraje. También aquí se considera que el arbitraje consiste en turnar las disputas entre obreros y patrones a la decisión de

³⁶ MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1954, t. v, pp. 129 y 132.

³⁷ CASSO Y ROMERO, Ignacio de, y FRANCISCO CERVERA y JIMÉNEZ-ALFARO: *Diccionario de Derecho privado*, t. I, pp. 465-6.

³⁸ JOSSERAND, Louis: *Derecho civil*, traducción de Santiago Cunchillos y Mantecola, Bs. As. 1952, t. II, vol. 2º, p. 202.

un tercero imparcial, y que difiere de las negociaciones y la conciliación, en que emplea extraños a la controversia para que tomen determinaciones efectivas y no sólo propongan opiniones o traten de llevar a los contendientes a un convenio; el arbitraje termina con un laudo que estipula condiciones de trabajo o resuelve el derecho que debe aplicarse y sobre el cual ha versado el conflicto.³⁹

Después de estas observaciones, resulta explicable que en los debates públicos o en las reuniones internacionales, participen representantes de diversas especialidades. En las asambleas celebradas en la Barra Mexicana, en el mes de marzo de 1933, para analizar el arbitraje forzoso establecido en la ley procesal del Distrito de 1932, tomaron parte procesalista al lado de civilistas y constitucionalistas.⁴⁰ En la Convención Internacional para la reforma del arbitraje, celebrada en Cadenabbia, Milán, en junio de 1954, las sesiones se dividieron para analizar un tema procesal: el estudio y proposición de una ley uniforme sobre el arbitraje, y, la unificación de las normas de Derecho internacional privado en materia de arbitraje.⁴¹ Y en la Conferencia de Plenipotenciarios para concertar una convención sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, convocada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en virtud de la resolución 604 (XXI), aprobada el 3 de mayo de 1956, fueron invitados los Estados miembros y no miembros de las Naciones Unidas, los organismos especializados interesados en la Conferencia de Derecho Internacional privado de La Haya, y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social.⁴²

Sin embargo, ya que la distinción de los campos jurídicos no coincide con las ramas del Derecho, porque la creciente complejidad de las relaciones interhumanas diversifica la vida social

³⁹ MARTÍN PÉREZ, Angel, *op. cit.*, pp. 7, 8 y 17.

⁴⁰ *Opiniones de la Barra Mexicana, op. cit.*, pp. 29, 36, 44, 71, 77 y 91.

⁴¹ *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale; Atti del convegno internazionale per la riforma dell'Arbitrato*, Milano 1955, pp. 6 y 7.

⁴² *Naciones Unidas; Acta final y convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Nueva York, 20 de mayo a 10 de junio de 1958, párrafo 2.

en tantas formas como campos de avance técnico y de modalidades de vida se vayan alcanzando, lo que produce constantes desprendimientos de zonas normativas, sin que esto entrañe que las estructuras necesarias y constantes de las ramas sufran coincidente alteración; para ubicar el arbitraje será conveniente separar lo que atañe al campo de aplicación y lo que respecta a sus principios estructurales jurídicos. El Derecho internacional constituye una rama en cuanto se contrapone al Derecho estatal para determinar el ámbito de validez de los ordenamientos singulares; pero de la misma manera, el Derecho procesal se distingue del sustantivo, desde el momento en que es característica esencial del Derecho positivo que sus normas determinen, no sólo el contenido de los derechos y obligaciones, sino la dinámica de las pretensiones que los interesados deducen ante los órganos competentes para alcanzar la interpretación imperativa de esos contenidos.⁴³

Lo que suele significarse con el término arbitraje es, en realidad, un conjunto de relaciones que no pueden ubicarse en una sola rama, y las discusiones acerca de su naturaleza tienden a olvidar que es una institución que, aún observada en el mismo campo, por ejemplo, en las disputas transnacionales en lo mercantil, exige la aplicación de los principios fundamentales de esas estructuras necesarias que son las ramas típicas del Derecho.

3. Estructura del arbitraje.

La necesidad de aplicar principios derivados de diversas ramas jurídicas, explica que el arbitraje se estructure en forma compuesta por cuatro cuerpos que son: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y una ejecución. Los cuerpos no son constantes en la práctica, pero indispensables en la teoría para delimitar la institución y distinguirla de otras figuras limítrofes. Corrientemente se altera la composición o se busca disminuir su número para favorecer el cumplimiento espontáneo del laudo.

La modificación puede advertirse cuando el acuerdo es sustituido por la celebración forzada, o cuando el procedimiento se reduce a una mínima expresión, aunque también cabe que se

⁴³ AFTALIÓN, Enrique R., Fernando GARCÍA OLANO y José VILANOVA: *Introducción al Derecho*, Bs. As. 1956, t. II, pp. 18 y 19.

le complique con toda suerte de incidentes. Al laudo pueden anteceder interlocuciones, y es susceptible de divisiones o complementos. En cuanto a la ejecución, fácil es comprender que resulte el punto de partida de nuevos procedimientos judiciales, administrativos o internacionales.

Según que el acuerdo se construya entre los litigantes o con ellos y un tercero, se hablará de un convenio, un acto plurilateral, un acto complejo, un acto sucesivo o simultáneo.⁴⁴ El procedimiento, que debería ser el cuerpo de mayor atención para los procesalistas, es el menos estudiado, probablemente por el hecho de que, cuando los interesados no profundizan en su regulación, se aplican supletoriamente las reglas comunes. Pero aquí los cambios pueden llegar a los extremos y, mientras en algunos casos basta la entrega de una memoria a los árbitros, conteniendo las cuestiones y las conclusiones, para que, sin mediar citación, se establezca el deber de emitir el laudo; en otros es preciso acudir al oficio judicial, sea para la decisión de una cuestión previa o prejudicial, para el auxilio en la instrucción o, más simplemente, para la declaración de certeza relativa al compromiso mismo.⁴⁵

Se discute si el laudo se forma con un juicio lógico y un acto judicial, si la falta de potestad coactiva influye o no en la decisión, si el laudo deviene sentencia por la instrucción de ejecutar o basta su depósito y notificación a las partes. Se han considerado las actividades del árbitro como mandato, locación de obras y de servicios y como función pública o privada. Todo ello trasciende hasta la clase de solución que pueda emitir el encargado, de modo que, por un lado, se acerca al dictamen pericial y, por otro, llega a lindar con el acto legislativo en cuanto creación en equidad.⁴⁶

La ejecución, como un operar sobre las cosas o las personas, con la fuerza suficiente para alterar los derechos de éstas en la medida de una responsabilidad predeterminada, es competencia propia y exclusiva del Estado, a través de sus órganos públicos. Cuando por motivos inherentes al acuerdo, al procedimiento o al laudo, se hace necesaria esta compulsión, el arbitraje se destronca.

⁴⁴ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 13, 15, 19 y 123.

⁴⁵ CARNACINI, Tito, *op. cit.*, pp. 41 y ss., 57 y 203. WEILL, Louis, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁶ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 27 y 1118. CARNACINI, Tito, *op. cit.*, pp. 18, 29 y 33. WEILL, Louis, *op. cit.*, pp. 20, 27 y 29.

La vía convencional, elegida por los litigantes como el medio pacífico y de buena fe, para dirimir sus disputas, se transforma en la desapacible y acre intervención del poder oficial. Y no se crea que la ejecución viene al final de la serie, fácil es encontrar ejemplos de sumisión coactiva desde la redacción del compromiso y, cuando éste se ha celebrado, también son factibles las medidas precautorias, a lo que deben añadirse los supuestos de apremios judiciales en auxilio de los árbitros, dirigidos a los testigos y a las partes, y aun a terceros.⁴⁷

Los problemas derivados de la estructura se ven acumulados en los casos de Derecho internacional privado, donde los laudos se han llamado abortos para todos los fines prácticos hasta que se les infunde vitalidad por el tribunal,⁴⁸ considerándose también que la parte favorecida por el laudo puede ejercer una acción apoyada en éste, sin volver a la causa original de dicha acción, lo que es aplicable a la decisión extranjera; pero no se estima siempre que tal acción sea como la relativa a una sentencia extranjera, porque no proviene el laudo de un tribunal de Derecho, en la inteligencia de que los Estados han limitado sus obligaciones para ejecutar laudos extranjeros a los contratos comerciales. En este campo se discute, en primer lugar, si el tribunal es estatal o particular y, así, se cita el caso de que las Cámaras de Comercio españolas en el extranjero, se califiquen de tribunales particulares a pesar de la reglamentación estatal, por basarse en la voluntad de las partes. Después, se presenta la cuestión de si el tribunal es nacional o extranjero, distinguiéndose entre árbitros institucionales y ocasionales. Se dice que en el primer caso el tribunal procede según el Derecho de su sede y su laudo es extranjero si la sede lo es; en el segundo, todo depende de la voluntad de las partes y, en su defecto, del Derecho del lugar donde el tribunal actúe.⁴⁹ Por último, surge el tema de si el laudo es o no reconocido, enfrentándose tres teorías: la del contrato que equi-

⁴⁷ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, pp. 97 y 317 a 322. SCHÖNKE, Adolfo: *Derecho procesal civil*, traducción de Lorenzo Prieto Castro, Barcelona, 1950, pp. 385 y 389. GOLDSCHMIDT, James: *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1936, pp. 506 a 509.

⁴⁸ WOLFF, Martín: *Derecho internacional privado*, traducción de Antonio Martín López, Barcelona, 1958, p. 244.

⁴⁹ WOLFF, Martín, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

para laudos nacionales e internacionales (o mejor, transnacionales); la de la sentencia que equipara los laudos extranjeros a las sentencias extranjeras; y la de la ineficacia que niega al laudo toda eficacia antes de su homologación por el tribunal.⁵⁰

Se sigue de ello que extranjería, extraterritorialidad, reenvío, orden público y cooperación internacional, son algunas de las complicaciones que justifican también, la participación de diversas ramas del Derecho en el estudio de la institución; tal ha sido, por lo demás, el criterio seguido al sostener que los principios del Derecho internacional privado comprenden toda la esfera de las actividades humanas de cuya reglamentación se ocupan las demás ramas del Derecho.⁵¹

4. *Concepciones sobre el arbitraje.*

Según se mire la tendencia de equiparar el arbitraje con el procedimiento judicial o se destaque su origen convencional, se hablará de doctrinas publicistas y privatistas. Pero esta clasificación no abarca todos los matices teóricos, porque otros puntos de vista pueden justificar la formación de corrientes jurisdiccionalista, contractualista, procesalista o sustantivista.⁵²

Las clasificaciones suelen esconder esas pequeñas o grandes divergencias de los autores incluidos en un mismo rubro, por ello, resulta preferible atender a los argumentos en sí, que forman las tesis de la interminable polémica acerca de la naturaleza del arbitraje. Los antecedentes del debate no alcanzan siquiera la historia moderna de la institución, y es la jurisprudencia contemporánea, al decir de WEILL,⁵³ formada alrededor de la cuestión de saber si la casación procede contra los laudos, la que establece que el arbitraje es una vía extrajudicial.

Los trabajos preparatorios del *Code de procédure civile*, revelan que el legislador de 1806 no tuvo una concepción clara de la naturaleza del arbitraje, al admitir la apelación, y ya

⁵⁰ GOLDSCHMIDT, Werner: *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, Bs. As. 1952, t. III, pp. 217 y 218.

⁵¹ DUNCKER BIGGS, Federico: *Derecho internacional privado*, Chile, 1956, p. 29.

⁵² OTTOLENGHI, Mauricio, *op. cit.*, p. 162. SENTÍS MELENDO, Santiago: *Teoría y práctica del proceso*, Bs. As. 1959, t. III, pp. 359 a 362.

⁵³ WEILL, Louis, *op. cit.*, p. 23.

MERLIN expone que en el proyecto había una disposición concedida en estos términos: “Las partes no podrán renunciar al recurso de casación”, la cual fue aceptada por los miembros del Tribunal, pero finalmente rechazada. Por tanto, piensa WEILL, al repugnar el legislador formalmente el recurso de casación contra los laudos, aun los rendidos en última instancia, consagró una jurisprudencia unánime, decidiendo que el recurso no es admisible sino cuando las partes, reservándose el derecho de apelar, han manifestado la intención de reingresar en la vía de los tribunales; de ahí infiere que los laudos no son sentencias, sino simples convenios que gozan de un privilegio de ejecución.⁵⁴

Es sintomático que mientras respecto al proceso judicial se han elaborado multitud de tesis, que sostienen desde su índole contractual, cuasi contractual, de modificación jurídica, hasta las que hablan de la relación, la situación, el estado de ligamen, el servicio público, la reproducción jurídica de una interferencia real, la entidad jurídica compleja y las institucionalistas, para no citar otras que no pasan de ser calificaciones dentro de lo que se consideró un capítulo homenaje;⁵⁵ en lo tocante al arbitraje, predomina la discusión sobre su carácter público o privado, según que se destaquen las notas del interés público o del principio dispositivo.⁵⁶

La explicación de ello puede radicar en el hecho de que, si respecto al proceso judicial, la errónea definición de la figura no afecta la validez de las construcciones que se elaboren sobre sus distintos elementos, factores y capítulos; en lo atinente al arbitraje, las consecuencias prácticas, en lo nacional tanto como en lo internacional o transnacional, varían radicalmente como resultado de la adopción de la tesis contractual o su contraria de la vía pública.⁵⁷

Por ejemplo, aunque OTTOLENGHI no encuentra contradic-

⁵⁴ WEILL, Louis, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Año x (1952), Núm. iv, p. 215, nota 11.

⁵⁶ OTTOLENGHI, Mauricio, *op. cit.*, p. 186.

⁵⁷ WEILL, Louis, *op. cit.*, pp. 28 y ss. Werner GOLPSCHMIDT, *op. cit.*, t. III, pp. 218 y 219.

ción en las afirmaciones de MORTARA,⁵⁸ si del iniciador de la corriente jurisdiccionalista en Italia, que sostiene que el oficio se concede a los árbitros por el Estado y no por la voluntad de las partes, se toman aquellos conceptos que ya comentara CARNELUTTI,⁵⁹ donde no se arredra el primero al calificar al compromiso como negocio jurídico privado, ni duda tampoco al sostener que la parte que, violando su promesa se niegue a ajustarse a la voluntad de un tercero, debe resarcir los daños derivados de la violación del pacto bilateral y puede ser constreñida mediante acción judicial a que lo cumpla;⁶⁰ se tendrá que concluir que no basta pertenecer a cierta corriente para suponer que determinado autor se apega en todo a una tesis ideal, pues las palabras de MORTARA no suenan como las de un jurisdiccionalista, cuando expresa que la libertad civil de los individuos, esencia del Estado, garantiza la facultad de deferir las controversias a la decisión de terceros, de convenir en que la voluntad de éstos sea aceptada por las partes como resolución de sus contrastes.⁶¹

Podrá hablarse con OTTOLENGHI, de teorías, a) contractual, b) jurisdiccional, y c) las que sin llegar a la anterior, ven en el arbitraje el desarrollo de un proceso;⁶² pero con ello no se dejan resueltos los principales problemas que surgen alrededor de cada cuerpo de la figura, y ni siquiera se podrá pensar en que la naturaleza de algunas de las partes de este total sea decisiva para identificar al último, pues como explica ROSENBERG, un acto no podrá considerarse procesal por el solo hecho de producir efectos en el proceso o de producirlos solamente en él; no son actos procesales todos los contratos con efecto procesal, como el convenio de prorrogación, el acuerdo de acortamiento de plazos o el compromiso de arbitraje y el acuerdo sobre el procedimiento arbitral.⁶³ Pero a pesar de que ROSENBERG quedaría incluido en la supuesta corriente contractualista, por suponer que los tribunales arbitrales son de carácter privado y están constituidos por

⁵⁸ OTTOLENGHI, Mauricio A., *op. cit.*, p. 164.

⁵⁹ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, p. 462, t. II.

⁶⁰ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, t. II, p. 478.

⁶¹ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, t. II, p. 481.

⁶² OTTOLENGHI, Mauricio A., *op. cit.*, p. 163.

⁶³ ROSENBERG, Leo: *Tratado de Derecho procesal civil*, traducción de Angela Romero vera, Bs. As. 1955, t. I, p. 359.

uno o más árbitros, a los que se transfiere, por declaración de voluntad y en lugar de los tribunales estatales, la resolución de controversias de derecho civil; la calificación no bastaría para comprender por qué en seguida, admite que el laudo, aunque acto privado, tiene efectos de derecho público,⁶⁴ específicamente los de llegar a cosa juzgada y declararse ejecutable, por más que simultáneamente sostenga que si se recurre a la vía judicial contra el laudo, no se tratará de una impugnación sino de un medio de hacer ineficaz al laudo, porque el tribunal resolverá sin tenerlo en cuenta.⁶⁵

Entre WEILL y ROSENBERG, ambos contractualistas, la explicación del reingreso en la vía judicial toma sentidos opuestos, y LASCANO, confeso de sostener una concepción contractual del arbitraje, categóricamente expresa que los árbitros tienen la potestad de resolver un pleito, que el proceso puede no ser producido por la jurisdicción y que la ley equipara al laudo con la sentencia acordándoles el mismo valor jurídico.⁶⁶ Más que en la clase de los contractualistas, LASCANO podría quedar en el tercer grupo de OTTOLENGHI, el de los eclécticos, dentro del cual, CARNELUTTI ocupa destacado lugar por afirmar que no todos los órganos procesales son órganos jurisdiccionales y que, mientras no se demuestre que el árbitro pronuncia por sí la sentencia, en vez de prepararla para que otro la pronuncie, no se demuestra que esté provisto de jurisdicción.⁶⁷

Sucede también, como lo puntualiza el mismo CARNELUTTI,⁶⁸ que en legislaciones como la alemana o la austriaca, en que los árbitros pueden pronunciar sentencias, es factible hablar de jueces propios y verdaderos, mientras que ello es discutible en regímenes donde el laudo no tiene por sí solo eficacia ejecutiva y aún resulta dudosa su obligatoriedad;⁶⁹ pero si tales explica-

⁶⁴ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. II, pp. 584 y 585.

⁶⁵ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. II, pp. 597 y 611, nota 23.

⁶⁶ LASCANO, David: *Jurisdicción y proceso*, en *Estudios de Derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Bs. As. 1946, p. 380. OTTOLENGHI, Mauricio A., *op. cit.*, p. 174.

⁶⁷ OTTOLENGHI, Mauricio A., *op. cit.*, pp. 176 y 177. FRANCISCO CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 461, t. II.

⁶⁸ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, t. II, p. 622.

⁶⁹ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, t. II, p. 518.

ciones sirven para señalar la libertad de elaboración del principio jurídico que anima a la institución dentro de cada legislación positiva, como quiere OTTOLENGHI,⁷⁰ entonces habrá que discutir las conclusiones por su carácter relativista que convertirían al arbitraje en una figura equívoca. Ni la propia doctrina alemana, según se ha visto, está dispuesta a llamar al laudo verdadera sentencia, y ya SCHÖNKE⁷¹ precisa que si el laudo tiene entre las partes el mismo efecto de una sentencia firme, la equiparación no es absoluta, porque a diferencia de lo que sucede con la sentencia firme, no es directamente ejecutable sino que necesita la declaración judicial, y la cosa juzgada del laudo no produce sus efectos de oficio, sino mediante excepción de la parte interesada, puesto que no existe interés público en que suceda lo contrario.

Los caracteres de uno de los cuerpos de la estructura del arbitraje, no pueden trasladarse a los demás, so pena de tener que acudir al expediente de las excepciones y contraexcepciones. Pero tampoco pueden tomarse ciertos rasgos de la legislación positiva para declarar que la institución cambia de contractual a jurisdiccional, o de privada a pública según varíen las reglas aplicables. Este relativismo resulta más perjudicial que cualquier postura errónea pero absoluta. Lo que sucede con el arbitraje es que, para determinar la naturaleza del laudo se acude, unas veces a la índole del acuerdo y, otras, a la ejecutabilidad, pero casi nunca se analiza el laudo en sí, como uno de los cuerpos de la estructura total. En Inglaterra, por ejemplo, sin olvidar que el laudo comercial se basa en un contrato, no se le califica de acto contractual, sino de decisión que no es sentencia, de manera que se han presentado casos en que el laudo no ha sido convertido en sentencia extranjera y, sin embargo es ejecutable, y, de otra parte, en general, las pruebas para determinar cuando un laudo extranjero es ejecutable son las mismas "mutatis mutandis" que se aplican respecto a las sentencias.⁷² Si este sistema se contrasta con las conclusiones de CARNELUTTI, no aparecen diferencias fundamentales, en especial cuando sostiene que el laudo extranjero puede adquirir ejecutoriedad en Italia, no sólo mediante decreto del

⁷⁰ OTTOLENGHI, Mauricio A., *op. cit.*, p. 177.

⁷¹ SCHÖNKE, Adolfo, *op. cit.*, p. 384.

⁷² DICEY'S, CONFLICT OF LAWS, London, 1958, pp. 1056 y ss.

pretor, sino también mediante la sentencia de la Corte de apelación en sede de juicio de reconocimiento de sentencia extranjera.⁷³

Si en vez de atender al acuerdo como fuente del laudo, se analiza a éste por sí y en sí, destaca el segundo problema: cuándo y cómo puede ejecutarse y, atentos los resultados de la comparación de legislaciones, se llega a la conclusión de que el procedimiento podrá ser directo o reflejo, simple o complicado, pero a menos que el arbitraje se desconozca legalmente, el laudo alcanzará ejecución. Resulta indisputable que se puede y debe hablar del arbitraje concebido “a priori”, como meta a alcanzar en los convenios internacionales y en los proyectos de leyes uniformes; pero para lograr esta finalidad, será necesario determinar los caracteres de cada cuerpo de la estructura arbitral: el acuerdo, el procedimiento, la decisión y su eventual ejecución. En otras palabras, se podrá llegar a una concepción “a priori” del arbitraje en cuanto se observe su figura estructuralmente. Ninguno de sus cuerpos, aisladamente, le connota, primero porque son susceptibles de alteraciones que llegan hasta su eliminación y, segundo, porque entre ellos hay radicales diferencias y, así como el acuerdo puede ser convenio enteramente privado, la ejecución incluye la aplicación de la fuerza pública que es competencia exclusiva, monopolio, de los órganos estatales.

5. *El acuerdo.*

Ya en KOHLER se encuentra la idea de que el compromiso es un contrato procesal que, además de una situación, produce una relación jurídica;⁷⁴ pero con ello no se ha de entender necesariamente que es acto procesal según el criterio distintivo que ofrece ROSENBERG,⁷⁵ y, todavía hace falta precisar si el acuerdo es lo mismo que el compromiso.

Se ha clasificado al arbitraje en voluntario y forzoso, y también en necesario, obligatorio y legal.⁷⁶ El forzoso se hace deri-

⁷³ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, t. II, p. 504.

⁷⁴ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, p. 234.

⁷⁵ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. I, p. 359.

⁷⁶ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, p. 24.

var de la cláusula compromisoria, acto accesorio de un contrato sustantivo, por el que las partes convienen en encomendar a una o más personas distintas, el decidir las controversias que entre ellas puedan surgir.⁷⁷ En la cláusula se observa un acuerdo, pero otros autores, como BARRIOS DE ANGELIS, le llaman arbitraje necesario convencional para distinguirlo del necesario legal o necesario típico,⁷⁸ porque dadas circunstancias determinadas, debe ser, legalmente, el arbitraje. Esto requiere una breve explicación.

El ejemplo que escoge BARRIOS es la disputa que pueda suscitarse entre los miembros de una sociedad comercial que, en los términos, no sólo de la legislación mercantil uruguaya, sino en los de todas aquellas que han seguido el sistema romano de las “*legis actio per iudicis postulationem*”, daban competencia a los “*arbitri*”, no sólo para la división hereditaria “*actio familiae erciscundae*”, la división de las cosas en copropiedad, “*actio communio dividundo*”, sino para la “*finium regundorum*” y la “*actio aquae pluviae arcendae*”.⁷⁹ Según los artículos 511 y 512 del Código de comercio uruguayo, debe resolverse arbitrariamente el conflicto, es decir, el legislador ha delimitado el caso y, si las partes no se ponen de acuerdo, una de ellas puede acudir ante los jueces para suplir la voluntad de la contraria, logrando una sumisión con cierto carácter coactivo.⁸⁰

La idea se acerca, por otro lado, al fenómeno laboral en los supuestos de tribunales especiales donde una parte tiene la facultad de convocar a la otra ante tercero sin el acuerdo previo, lo que ha permitido distinguir entre el procedimiento judicial y

⁷⁷ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁸ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁹ CUENCA, Humberto: *Proceso civil romano*, Bs. As. 1957, p. 44. VITTORIO SCIALOJA: *Procedimiento civil romano*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Bs. As. 1954, pp. 144 y 145. ARANCIO-RUIZ, V., *Las acciones en el Derecho privado romano*, traducción de Faustino Gutiérrez Alviz, Madrid, 1945, p. 41. GABRIEL GARCÍA ROJAS, *Discurso pronunciado en el debate sobre el arbitraje forzoso, convocado por la Barra Mexicana de abogados*, en *Opiniones de la Barra Mexicana...*, *op. cit.*, p. 199. M. ZIMMERN, *Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les romains*, traduit de l'allemand, par L. Étienne, Paris, 1843, p. 116.

⁸⁰ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, p. 34.

el arbitral o la conciliación, porque los últimos no admiten la constrictión.⁸¹ En otras palabras, el compromiso o la cláusula suponen la previa aceptación del laudo, en tanto que en el llamado arbitraje necesario legal no se precisa del acuerdo previo entre los litigantes; pero este tipo de arbitraje no es por completo parangonable con el que MARTÍN PÉREZ llama arbitraje obligatorio de los tribunales especiales, porque éstos, además de dictar el fallo, están autorizados para ejecutarlo, según caracteres que el autor encuentra en las legislaciones de Rusia, Italia, Austria, Nueva Zelanda y México.⁸²

El camino que va, del arbitraje voluntario por el acuerdo actual de las partes en el compromiso, al obligatorio derivado de la cláusula compromisoria o acuerdo previo, desemboca en el necesario en que el acuerdo es suplido por la disposición legal, y el forzoso que establecieron los artículos 9º, 10, 11 y 14 transitorios del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales de 1932. Según BARRIOS, el arbitraje necesario legal no es forzoso, aunque así lo califique la ley, porque los compromitentes no son constreñidos a emplearlo; simplemente, si han de necesitar una solución, tendrá que ser arbitral.⁸³ Pero el arbitraje impuesto por el código mexicano fue forzoso mientras resultaron aplicables los artículos transitorios que ordenaban remitir a los árbitros privados los juicios ordinarios pendientes que, en el momento de entrar en vigor el código y que estuvieren en primera instancia, no se terminaran en un plazo no mayor de ocho meses, los no ordinarios que no se concluyeran en cuatro meses y las apelaciones que no se resolvieran en este mismo plazo.⁸⁴

El acuerdo, actual en el compromiso y pasado en la cláusula, parece desaparecer en el necesario legal y en el forzoso, y aún puede mencionarse que la doctrina ha propuesto suprimir la escritura de compromiso, no para vaciar su contenido en la cláusula, sino para completar ésta, en la oportunidad debida, con el requerimiento de una parte a fin de obtener la elección del árbitro,

⁸¹ MARTÍN PÉREZ, Ángel, *op. cit.*, p. 7.

⁸² MARTÍN PÉREZ, Ángel, *op. cit.*, p. 10.

⁸³ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁴ *Opiniones de la Barra Mexicana...*, *op. cit.*, pp. 101 a 107.

la fijación de la cuestión litigiosa y algunas otras reglas, posiblemente procesales.⁸⁵

Son estas circunstancias las que llevaron a Luis CABRERA a llamar al acuerdo un contrato imperfecto, porque identificada la institución por el tradicional convenio de los compromitentes, ha llegado hasta la imposición legal, fenómeno que ya se observaba en la misma cláusula compromisoria, en cuanto el nombramiento del árbitro tenía lugar cuando las partes se hallaban en plena desavenencia y casi seguramente en actitud hostil.⁸⁶ Por esto mismo, WEILL hablaba de una denegación de justicia, dado que en los supuestos de renuencia a someterse al arbitraje, será preferible acudir al juez oficial. El legislador cometería abuso de poder, tanto al impedir el arbitraje voluntario, como al convertirlo en forzoso o al aceptar un pacto obligatorio previo.⁸⁷

En este primer cuerpo de la estructura arbitral, aparecen ya motivos de discrepancia teórica, sin que, por otra parte, se pueda prejuzgar sobre la naturaleza de los subsiguientes cuerpos, pues tanto cuando existe el acuerdo espontáneo, como cuando se impone el arbitraje legal, es factible que las partes celebren de todas maneras ese acuerdo, ya que fuera del caso de arbitraje, no forzoso sino público como es el de la competencia laboral de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, la ley concede oportunidad a los interesados para convenir sobre el procedimiento y la índole del laudo.

6. La cláusula compromisoria.

Un primer sector doctrinario atribuye efectos análogos a la cláusula y al compromiso, por el hecho de que las normas que atañen al nombramiento de los árbitros, al procedimiento y al laudo o las impugnaciones, son aplicables en ambos extremos. Esta opinión, para REDENTI, es unánime, lo que no obsta para que, en seguida, admita que hay discrepancia en cuanto a la na-

⁸⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Estudios y Bibliografía sobre arbitraje de Derecho privado*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. IV, Núm. 15, p. 102.

⁸⁶ *Opiniones de la Barra Mexicana...*, op. cit., pp. 5 y 6.

⁸⁷ WEILL, Louis, op. cit., pp. 286 y 288.

turaleza y estructura de cada acuerdo y de los actos que de ellos resultan.⁸⁸ REDENTI señala que de la cláusula no surge una obligación propiamente sino una sujeción, afirmación discutible, sobre todo si se recuerda con BARRIOS la convención preliminar de compromiso que se aparta de la cláusula, en cuanto no se refiere a conflictos futuros sino actuales. Tal convención sería el acuerdo de deferir uno o más litigios actuales a un solo arbitraje futuro, acuerdo que puede ser necesario, facultativo o prohibido.⁸⁹

La sujeción no elimina el carácter convencional de la cláusula que, según ROBERT, se distingue del compromiso porque se trata de un acuerdo entre las partes, anterior a toda diferencia, de someter a los árbitros las que puedan ocurrir, mientras que el compromiso supone un litigio ya nacido, implica la determinación del litigio y la designación de los árbitros.⁹⁰ La cláusula como el compromiso se forman por acuerdo, pero sus diferencias de aparición respecto a la disputa ha motivado la eliminación legal de alguna de estas figuras, sin que ello sirva para otra cosa que para silenciar los problemas, como sucedió respecto de la cláusula que, nulificada en Francia de 1843 a 1925, ha vuelto a ser admitida, si bien resulta que no es válida después que el contrato comercial se ha perfeccionado o la discrepancia ha nacido, lo que no significa que en la práctica se restrinja la libertad de los contratantes para establecerla o revocarla en el momento de pactar, pero sí que, nacido el conflicto, sólo podrá celebrarse el compromiso.⁹¹

La cláusula se justifica, para algunos, por facilitar el arbitraje, en cuanto se forma en el momento más adecuado para convenir, pues las partes no conocen el carácter exacto del litigio futuro lo que, si en alguna forma impide designar el árbitro adecuado, en cambio evita amedrentar a los interesados con la determinación minuciosa de los requisitos y circunstancias restantes del arbitraje que, en ese momento, es sólo posible.⁹²

La colindancia de las tres figuras: cláusula, convención preliminar y compromiso, exige la precisión del momento en que

⁸⁸ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁹ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁰ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 106.

⁹¹ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 106.

⁹² *Opiniones de la Barra Mexicana...*, *op. cit.*, p. 6.

nace el conflicto, porque de ello depende la procedencia de cada una. Para ROBERT es éste un problema de hecho que debe dejarse a la apreciación de los jueces; sin embargo, puede afirmarse que, cada vez que de la exposición de la cuestión, nazca una divergencia en cuanto a la interpretación de una cláusula contractual o de la prestación que implique, y se requiera la decisión de tercera persona, habrá nacido el litigio y la cláusula no tendrá cabida.⁹³

La cláusula es anterior a toda discrepancia, el convenio o el compromiso suponen que ha nacido el conflicto y se han designado árbitros; de ahí que se diga que la cláusula es un contrato preparatorio, lo que no impide que en ella se consignen los nombres de los árbitros y, eventualmente, los posibles litigios, que deben ser señalados sin ambigüedad. Por tales circunstancias, ROBERT distingue la cláusula del compromiso, en la medida en que se apartan la promesa de hacer y el hecho.⁹⁴

Estas discrepancias doctrinarias no impiden llegar a un mínimo connotativo y un máximo denotativo. La cláusula ha penetrado en las legislaciones modernas, muchas veces, por obra del comercio internacional. Sistemáticamente, los compradores se han visto sometidos al arbitraje de organismos establecidos en el país vendedor que impone, así, la ley del contrato, según observación insospechable de ROBERT,⁹⁵ quien cita al efecto, el caso de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París. Y no se crea que en esta materia se aluda siempre a las transacciones que podrían calificarse de transnacionales, en cuanto los sujetos son comerciantes privados. Las disputas mercantiles entre negociantes de las veintiún Repúblicas Americanas, dice Martin DOMKE,⁹⁶ han sido atendidas en los últimos veinticinco años, por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Acuerdos arbitrales se han celebrado entre Cámaras de Comercio en varios países, como el de 1916 entre la Cámara Argentina y la Norteamericana. La Primera Conferencia de

⁹³ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 108.

⁹⁴ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁵ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 92.

⁹⁶ DOMKE, Martin: *International aspects of commercial arbitration in the Americas*, Cursos Monográficos, vol. VIII, Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, La Habana, 1960, pp. 484 y 485.

Comisiones sobre Desarrollo Interamericano de lo. de mayo de 1944, recomendó a las naciones americanas someter al arbitraje las controversias de los comerciantes de esos países, recomendación que también fue adoptada por la Conferencia Interamericana sobre problemas de la Guerra y la Paz, que tuvo lugar en México en marzo de 1945, y el Consejo Interamericano de Comercio y Producción tomó una resolución semejante en 1944. Así, recientemente, en julio de 1957, el Consejo Interamericano de Comercio y Producción, en su Octava Sesión Plenaria, en Buenos Aires, consideró que el incremento de las transacciones interamericanas requería la ampliación del uso del arbitraje comercial, mediante la inclusión de la cláusula de la Comisión Interamericana de Arbitraje en los contratos. Los mismos gobiernos han promovido este arbitraje en vista de la creciente intervención que han tomado en el comercio entre naciones, de tal manera que los organismos estatalmente controlados han dejado de ampararse en la inmunidad de la soberanía. Previsiones de esta naturaleza se incluyeron en el Tratado de Amistad, Comercio y Desarrollo Económico celebrado el 23 de noviembre de 1949 entre Estados Unidos y Uruguay, en los tratados comerciales entre los Estados Unidos y Colombia, de 26 de abril de 1951, Haití el 3 de marzo de 1955 y Nicaragua el 21 de enero de 1956. El Instituto Argentino de Promoción Comercial, agencia gubernamental, al contratar con firmas norteamericanas incluye una cláusula de arbitraje conforme a las reglas de la Comisión Interamericana.

En lo que concierne al árbitro, no hay posible paralelo entre la cláusula que lo señala y el compromiso. En el primer caso, la alusión es a veces impersonal, como la que se hace mencionando al organismo administrador del arbitraje. Una mención que señale cierta corporación, la directiva de un grupo, alguna colegiación profesional, etc., y aún la precisión individual que está sujeta al riesgo de que el árbitro no llegue a aceptar o no pueda hacerlo por diversos motivos, incluido su posible fallecimiento con anterioridad al establecimiento del compromiso o de las reglas del procedimiento, no pueden surtir los efectos de la designación en el propio compromiso, especialmente en cuanto a la revocación o recusación.

La diferencia fundamental estriba en que mediante la cláusula sólo se llega a identificar al árbitro, mientras que en el compromiso, el acuerdo se convierte en la concurrencia de voluntades de los tres sujetos: las partes y el árbitro, cuya aceptación viene a perfeccionar la convención. En la cláusula, ese tercero es ajeno y aún puede ignorar la existencia de la misma; en el compromiso, su aceptación es indispensable, por más que pueda efectuarla en actos sucesivos y no sea necesaria la simultaneidad.

Si subjetivamente el límite se encuentra en la cantidad de participantes en el convenio; objetivamente, como lo indica ROBERT, aparece en la temporalidad del litigio: en ausencia de éste, debe hablarse de cláusula, en su presencia de compromiso o convenio preliminar. En casos excepcionales, la sola cláusula abre el paso al arbitraje, pero, como después se verá, más que resultados directos de ella, son consecuencias de la intervención judicial que, atendiendo a la necesidad, obligatoriedad o forzosidad del arbitraje, según se le califique, provee a su constitución y, aún, a su desarrollo.

Un resumen de las diferencias entre cláusula y compromiso se encuentra en la confrontación que realiza BARRIOS DE ANGELIS; pero es menester anticipar que algunas divergencias son del derecho positivo uruguayo y no pueden generalizarse. No cabría, por ejemplo, distinguir en México ambos casos por la solemnidad del compromiso, pero es exacto que la cláusula determina las partes de uno o más arbitrajes futuros, mientras que el compromiso señala las partes de un solo arbitraje actual. BARRIOS agrega: la cláusula fija genéricamente el objeto del arbitraje, estipula una clase de conflictos futuros; el compromiso especifica uno o más litigios presentes; la cláusula no contiene necesariamente una sumisión, porque ésta es la entrega de un conflicto a árbitros determinados. Ya se ha visto sobre el particular, que REDENTI encuentra en la cláusula una sujeción y no una obligación; pero BARRIOS advierte que la cláusula implica renuncia al proceso judicial y que la designación de árbitros, a través de ella, no es efectiva, puesto que no elimina la posterior elección en el compromiso, el cual sí contiene una sumisión particular. Respecto al arbitraje, la cláusula hace necesario el compromiso

o los actos judiciales que le son equivalentes; el compromiso se concibe como una etapa arbitral a la que tiene la cláusula. El compromiso sería el preliminar del arbitraje y la cláusula lo anterior al preliminar.

A estas diferencias añade otras que consisten en advertir que la cláusula no se agota en un solo juicio como sucede con el compromiso y subsiste mientras haya posibilidad de contiendas futuras, siempre que sean sobre el mismo objeto. La cláusula no suspende la prescripción porque no imposibilita el proceso, aunque sea impedimento para ocurrir al proceso judicial; lo que hace es conminar a la producción del compromiso que puede suspenderla, por ello, otorgar una cláusula no significa comprometer.

La cláusula puede ser aducida como excepción o incidente en un proceso judicial, provocando la inhibición del oficio y, eventualmente, la iniciación del arbitraje; el compromiso provoca simplemente la inhibición. Estas diferencias tampoco pueden traerse al sistema mexicano, donde el compromiso produce, según el artículo 620 del código del Distrito, las excepciones de incompetencia y litispendencia.⁹⁷ Por último, BARRIOS destaca que puede haber cláusula sin compromiso cuando la relación se agota sin conflictos o se procede al arbitraje necesario por vía coactiva, y puede haber compromiso sin cláusula en el arbitraje voluntario.⁹⁸

La cláusula, pues, es inconfundible con el compromiso, principalmente porque se concluye “inter partes”, antes de que hayan surgido las controversias, cuando sólo hay entre ellas una relación de la que pueden emanar aquéllas. Esta relación normalmente se limita a los contratos; pero, según REDENTI, parece que mediante una interpretación extensiva, habría que admitir en el Derecho italiano, también la relación entre las partes de una servidumbre, una comunidad incidental de origen extracontractual y aún la simple vecindad. Pero también en estos casos, el acuerdo “inter partes” se establece de futuro para un objeto que no se determina todavía sino que es determinable, en orden a la relación principal.⁹⁹

⁹⁷ “Opiniones de la Barra Mexicana...”, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁸ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, pp. 206 y 207, *infra*, nota 449.

⁹⁹ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 16.

7. *El compromiso*

A falta de nombre mejor, dice BARRIOS, la variedad que llama convención preliminar de arbitraje o de compromiso, se distingue de la cláusula compromisoria en que ésta defiere un género determinado de conflictos futuros a un número indeterminado de arbitrajes futuros, en tanto que la primera defiere uno o más conflictos actuales a un solo arbitraje futuro.¹⁰⁰

La convención no deja de ser un acuerdo voluntario, pero como la cláusula, obliga al arbitraje futuro, con la distinción imprescindible de la actualidad de los conflictos en la convención preliminar y la probabilidad de ellos en la cláusula. La convención se agota en un solo arbitraje, la cláusula puede sobrevivirlo. Quizás con estas explicaciones, BARRIOS esté caracterizando, no a una figura distinta a la cláusula y al compromiso, sino al fenómeno que REDENTI llama de formación progresiva.

En efecto, para este autor, no todas las manifestaciones de voluntad deben resultar de un acto único, sea público o escritura privada. El compromiso o la cláusula, en su forma completa o perfecta, pueden integrarse gradualmente, y, entonces, los actos documentales serán más de uno, por ejemplo: acuerdo, encargo a los árbitros, proposición de cuestiones, aceptación de los árbitros, etcétera. La práctica, más o menos reconocida por la jurisprudencia, dice, ha terminado por reconocer que el acuerdo puede resultar de declaraciones escritas separadas e intercambiadas entre las partes, que se integran mutuamente.¹⁰¹

Sea cualquiera la tesis que se acepte sobre la llamada convención preliminar, lo cierto es que las diferencias entre la cláusula y el compromiso son relativamente internas, corresponden al contenido y efectos del primer grupo de la estructura arbitral y, esto mismo, cabe decir sobre la convención preliminar.

Ha sucedido que la cláusula cayera en desuso sin perder existencia total, pues como en su tiempo explicara GARSONNET, la fórmula del arbitraje obligatorio subsistió en materia comercial, entre socios por razón de la sociedad, aunque después fuera suprimida por ley de 17 de julio de 1856. Pero la jurisprudencia

¹⁰⁰ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, pp. 379 a 381.

¹⁰¹ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

sobre el artículo 1006 del código procesal, en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula, no incluyó los contratos de seguro marítimo, donde fue empleada frecuentemente con buenos resultados, según el mismo autor que ya entonces proponía admitirla en términos generales en todos los contratos, con la sola reserva de no permitir a las partes, unidas por relaciones múltiples, que convinieran que todas las diferencias de cualquier naturaleza se sometieran al arbitraje, porque sería peligroso que se obligaran en casos en que no se sintieran inclinadas a tal vía, sin poder preverlo de antemano.¹⁰² Con todo, estas circunstancias han llevado a la doctrina, especialmente a la francesa, a centrar en el compromiso el estudio del primer cuerpo estructural del arbitraje, por ello sus caracteres sirvieron a WEILL para sostener la postura privatística que, al decir de OTTOLENGHI, fue la que se expusiera con verdadero tono científico en este sentido.¹⁰³ Pero esto no puede hacer olvidar que, por ejemplo, para CARNELUTTI,¹⁰⁴ tanto la cláusula como el compromiso son una convergencia de actos unilaterales, con distintos sujetos y objeto único, o mejor aún, se trata de un acto unilateral complejo.

Como sea, en el compromiso y, eventualmente en las otras formas del acuerdo, suele apreciarse el aspecto fundamental del arbitraje, aunque en los demás cuerpos se observen discusiones doctrinarias semejantes, pero es factible que las discrepancias disminuyan si se logran separar las partes de la estructura total. Cuando voluntaria, espontáneamente, se recurre al arbitraje, dice WEILL,¹⁰⁵ ello supone que las partes, a pesar de sus diferencias, están de acuerdo, por lo menos, sobre tres puntos: el procedimiento, los árbitros y el objeto del litigio. Significa que, reconociendo su incapacidad para hacerse justicia ellas mismas, demandan que la imparcialidad de otro reemplace en ese sentido tal impotencia. Demandan que los árbitros determinen en su lugar el objeto de su derecho y, no obstante la pretensiones respectivas, están de acuerdo en el fondo, para querer que sea lo

¹⁰² GARSONNET, E.: *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, 1901, t. VIII, pp. 353 y 354.

¹⁰³ OTTOLENGHI, Mauricio A., *op. cit.*, p. 171.

¹⁰⁴ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, t. II, pp. 517 y 518. REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 36, nota 11.

¹⁰⁵ WEILL, Louis, *op. cit.*, p. 48.

que conforme al derecho o la equidad deba ser. Si no se admite esta voluntad común y sólo se observa el contraste de pretensiones, vano será buscar el por qué de la elección de los árbitros, que bien puede ser la misión común emanada de sus pretensiones divergentes; en esa voluntad común se apoya la fuerza obligatoria del laudo, porque el deber de someterse a la decisión se ha admitido de antemano, este es el convenio que no existe en el proceso judicial, donde la voluntad estatal es bastante.

Estos argumentos de difícil objeción se ven implicados en las definiciones de la corriente opuesta, como al establecer ROBERT¹⁰⁶ que el compromiso es el acto por el que las partes afirman su voluntad de sustraer el litigio que les divide a la jurisdicción del derecho común y por el que especifican las condiciones sobre las que debe regularse el conflicto. Son tribunales arbitrales, dice también ROSENBERG,¹⁰⁷ únicamente las instituciones llamadas por voluntad privada a la resolución de controversias y cuyas tareas, constitución y procedimiento son determinados libremente por las partes; pero más adelante advierte que a través de una declaración unilateral de voluntad de derecho privado, puede establecerse una cláusula compromisoria, cuando cabe crear una relación jurídica mediante esa declaración y sólo para los litigios que surjan de ella; por ejemplo, por los estatutos de una asociación con relación a ella y sus miembros, no entre éstos y tampoco con terceros; por una fundación, un testamento, una promesa de recompensa, etc.

Hay, pues, acercamientos o coincidencias entre autores de posiciones contrarias, y alejamientos o discrepancias entre los que podrían alinearse en un mismo bando. Ello posiblemente dependa del hecho de que no son las tendencias lo que unifica los criterios, sino las perspectivas para observar al objeto de conocimiento. En todos los autores se aprecia un punto de similitud al hablar del compromiso, lo que les aparta es la conclusión teórica general, cuando a través de un momento intentan apreciar el total. El compromiso y las reglas procesales vigentes no derogables por él, constituyen el programa obligatorio de la misión de los árbitros. Por tanto, para un jurisdiccionalista co-

¹⁰⁶ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁷ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, pp. 585 y 596, t. II.

mo ROBERT,¹⁰⁸ el compromiso es un contrato civil, pero se rige por las reglas generales de los contratos y además por las especiales del Código de procedimientos. Parece que, en resumen, el problema estribará en precisar qué atañe a cada cuerpo, estructuralmente, y qué a su funcionalidad.

Las dificultades para clasificarlo como acto complejo o compuesto hacen coincidir a CARNELUTTI¹⁰⁹ y REDENTI.¹¹⁰ Las raíces etimológicas igualan a REDENTI¹¹¹ y GARSONNET¹¹² al señalar que el nombre proviene del derecho común y de él deriva el verbo comprometer: prometer al mismo tiempo, atenerse al parecer del árbitro. La complejidad consistirá en la existencia de un acuerdo, según CARNELUTTI, como punto de convergencia de intereses opuestos. Transacción y compromiso se distinguen en que la primera es el cruce de dos voluntades dominadas por el contraste de los intereses y el compromiso es el acuerdo de dos voluntades impulsadas por un mismo interés, a pesar de que los compromitentes estén en litis, en contraste de intereses, porque al nombrar al árbitro, surge el interés único en hacer que se juzgue la litis. Esta explicación recuerda la tesis de WEILL, pero en CARNELUTTI desemboca en la noción de proceso, porque también los litigantes están aquí interesados en encontrar al buen juez.

Como en el caso de la definición del proceso, también aquí ofrece CARNELUTTI una idea teleológica que a él mismo le impulsa a aplicarla en la fórmula pericial o de contenido técnico. Así, por el contrato, dice, se compone el contraste entre comprador y vendedor; por el acuerdo, como medio para componerlo, no sólo se llega al arbitraje, sino también a la determinación del precio por tercero.¹¹³ Se advierte que las características finalísticas no ofrecen seguridad ni exactitud en las definiciones.

Ese acto complejo y/o compuesto, ofrece una unidad, aunque sólo sea como documento. Tiene, como la cláusula compromisoria, un ciclo de vida. El del compromiso, al tenor de la exposición

¹⁰⁸ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 43, Cfr. infra Núm. 79.

¹⁰⁹ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, p. 518.

¹¹⁰ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 14.

¹¹¹ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 12.

¹¹² GARSONNET, E., *op. cit.*, t. VIII, p. 348, nota 3.

¹¹³ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, t. II, p. 517.

de REDENTI,¹¹⁴ se inicia con su perfeccionamiento, se desarrolla en el procedimiento y se cierra en el momento en que se decreta la ejecutoriedad del laudo; de tal manera que si como consecuencia de la impugnación de éste, se anula, el compromiso no revive. Por su parte, la cláusula no da lugar al juicio por su solo perfeccionamiento, sino a la posibilidad de procedimientos arbitrales en virtud, por lo menos, de la proposición de cuestiones y, en el juicio de éstas, no se agotará su vitalidad, según lo explicara antes BARRIOS, sino el ciclo episódico; pero al margen de éste podrán aparecer otras controversias y nuevos procedimientos, de modo que la anulación de un laudo “ex clausula” conduce a la remisión del “iudicium rescissorium” a un nuevo procedimiento arbitral, también “ex clausula”, lo que a veces es posible y en ciertas ocasiones debido.

Que esto último sea factible en todos los sistemas es dudoso y el argumento de WEILL al respecto sigue en pie, porque la razón fundamental del arbitraje, según su punto de vista, es la inhibición, tanto del juez, como de otros árbitros, dado que los primeros dejaron de serlo al emitir su decisión.¹¹⁵

REDENTI estima que las disputas alrededor del carácter del compromiso tienen su explicación en el hecho de no haberse distinguido entre sus actos elementales. El primero de ellos le parece fundado; el acuerdo entre las partes es un contrato, de ahí la importancia de tomar en cuenta la habilidad de las partes, la formación del consentimiento, los vicios de voluntad y demás. Pero el otro elemento: su contenido, ya no le convence cuando se le califica de procesal, idea que ha llevado a algunos autores a comparar el compromiso con el “pactum de foro prorrogado”. Ni el compromiso ni la cláusula atañen a una situación particular del proceso sino al régimen de las acciones en sentido sustancial. Tienden a sustituir todo el proceso por un fenómeno similar pero diferente, y cuando se autoriza a los árbitros a decidir según equidad, pueden mudar la consistencia de los derechos discutidos.¹¹⁶

La complejidad del compromiso exige que, además de analizar el acuerdo entre las partes, como puede hacerse limitada-

¹¹⁴ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

¹¹⁵ WEILL, Louis, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁶ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

mente en la cláusula, se tenga que observar la relación entre ellas y el árbitro, que debe tener fuente distinta por su naturaleza, sin dejar de estar coordinada con el vínculo anterior. Hay entre ambas relaciones, distinción por las personas, por el objeto, que en el segundo caso es un encargo, los efectos que señalan las obligaciones de las partes frente a los árbitros y viceversa, en fin, se necesitan diversas declaraciones de voluntad: conferimiento y aceptación del encargo. Todo ello explica que no se haya resuelto el problema de su figura particular, aunque en la doctrina italiana predomine la tesis contractual. REDENTI recuerda, de paso, que existen otros fenómenos análogos: pacto de nombrar y nombramiento de un administrador de bienes comunes, nombramiento del liquidador de una sociedad, secuestro convencional, etcétera.¹¹⁷

Las clasificaciones generales no son índice de las soluciones especiales y, así, CARNACINI, también en Italia, que no duda en llamar al arbitraje instituto jurisdiccional; respecto al compromiso, claramente afirma que la doctrina procesalística está superada hace tiempo, entendiéndose por tal, la tesis que atribuía al compromiso el cometido de hacer las veces de la citación y comprendía en aquél la contestación de la litis. El autor estima que el elemento esencial para perfeccionar el nacimiento de la relación procesal es la convergente y manifestada voluntad de los árbitros nombrados, peculiaridad que no encuentra parangón en el juicio ordinario, donde el juez está preconstituido y caracterizado por la función pública estatal.¹¹⁸

En cambio, en Uruguay, BARRIOS expresa que en el compromiso se da unidad de las causas, un común interés en la resolución del conflicto y, por ende, no hay contrato, porque el compromiso no se agota en sí, pues sirve para algo distinto, para la constitución del juicio que debe terminar en un laudo. Es pues, un presupuesto del juicio arbitral. Como acuerdo, el compromiso es aleatorio y como presupuesto es concurrente con la aceptación de los árbitros, momento en que cumple su fin inmediato: la constitución del arbitraje. Pero como el compromiso no cumple su ciclo sino con el laudo, es un acto de adhesión y de integración; lo primero porque las partes se acogen a un régimen de derecho

¹¹⁷ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 12.

¹¹⁸ CARNACINI, Tito, *op. cit.*, pp. 34 y 38.

público que es el procesal, forma vacía que el contenido de las materias del conflicto integra: función integrativa.¹¹⁹

CARNELUTTI y BARRIOS coinciden, al menos, en calificar al compromiso de acuerdo. BARRIOS advierte que, para el Código Civil, es causa para obligarse cada parte en todo contrato oneroso, la ventaja o provecho que procura a la otra, y en el gratuito, la causa se encuentra en la mera liberalidad del bienhechor. En el compromiso no puede hallarse ninguna de ellas, porque la causa es única y común: el interés en resolver el conflicto.¹²⁰

CARNELUTTI parte de la diferencia entre controversia jurídica o litigio calificado por la pretensión de tutela dirigida a la norma material o a la sentencia dispositiva, y controversia económica como conflicto de intereses cuya resolución remite el derecho, exclusivamente, al acuerdo de las partes, mientras las anteriores pueden resolverse sin ese acuerdo y por voluntad de una sola. La controversia jurídica será sometida al juez de no ser posible el arbitraje, la controversia económica da origen a un contraste que puede ser compuesto por contrato. Es así como encuentra que la transacción es un contrato mientras el compromiso es un acuerdo o especie de acto complejo. Son dos tipos de encuentro de voluntades, el acuerdo, a diferencia del contrato, no elimina el conflicto, aunque pueda crear un medio de eliminarlo. La transacción, como contrato, agota la litis, el compromiso no. Para que la determinación sea contractual tiene que ser bilateral o idénticamente querida y manifestada por los contratantes. Es un hecho que el contraste de intereses se resuelve por el contrato, aunque a veces el contrato deja algunos temas de contraste sin resolver, representando una línea interrumpida que el arbitrador puede completar operando como juez. Hay, pues, en el arbitraje, un acuerdo para someter al juez elegido, cierta controversia.¹²¹

El argumento de BARRIOS es más sorprendente que consistente. Esa causa a que alude el código no es precisamente el antecedente de todo contrato, sino la presumible finalidad de los interesados. Sin embargo, si ha de buscarse tal causa final de una manera dogmática, bien puede decirse que el compromiso la ex-

¹¹⁹ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, pp. 201 y ss.

¹²⁰ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, p. 201.

¹²¹ CARNELUTTI, Francisco, *op. cit.*, pp. 513 y ss.

hibe, aunque aleatoriamente como el mismo BARRIOS lo ha apuntado, y consiste en la ventaja que procura a las partes al someterse a la decisión de tercero. Se trata de un provecho indiscutible respecto al estado litigioso mismo, por más que no pueda decirse, vistas las complejidades del arbitraje, que sea una ventaja sobre el proceso judicial, por lo menos en todos los casos, y ya se ha visto que no faltan objeciones a su establecimiento, como la que menciona ROSENBERG respecto a la parcialidad, con frecuencia consciente, de los jueces árbitros que, a menudo, se sienten mandatarios de la parte que los ha designado, y más aún las provocan los tribunales arbitrales permanentes de las asociaciones económicas, a los que están obligados a someterse las partes que dependen de ellas y, a este efecto, menciona la designación del albacea en un testamento para las cuestiones de herencia, aunque sea coheredero y, en los asuntos de las fundaciones, a los mismos órganos fundacionales o a las autoridades de vigilancia.¹²²

Tocante a la tesis de CARNELUTTI, puede indicarse que el desarrollo es sugestivo aunque no concluyente. CARNELUTTI no parte de un momento jurídico preciso sino que contrapone situaciones de ese momento. El conflicto económico no es contemporáneo del litigio, es decir, no nacen al mismo tiempo. Si la controversia económica origina un contraste, éste puede ser compuesto por el contrato, pero también pueden las voluntades encontrarse en un acuerdo para crear otro medio de eliminarlo. El litigio, entonces, no es simultáneo ni con la controversia, ni con el contrato ni con el acuerdo. Esto es, no resulta simultáneo de ellos necesariamente, porque producido el contraste, y no antes, cabe acudir al contrato o sostener el litigio; pero existe también la alternativa entre contrato y acuerdo para crear el medio de eliminarlo, que transporta al litigio más hacia el extremo. Y todavía acontece que producido el acuerdo no se elimine el contraste y subsista el litigio como pretensión de tutela que se presenta por primera vez. Consecuentemente, el litigio puede originarse en el contraste, en el contrato o en el acuerdo.

Hay en esta tesis una particular duplicación del momento convencional. Si la composición del contraste se efectúa inmediata y directamente, se habla de contrato; pero si apenas se llega al es-

¹²² ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. II, pp. 585 y 603.

tablecimiento de las bases o medios para componerlo, se les llama acuerdo. Es manifiesto que el acuerdo y el contrato son convenios, de modo que bien podría decirse que el contraste se compone conviniendo en sus términos o en los medios de determinarlos. Lo que sucede es que el compromiso, convenio para componer el contraste, puede también ser objeto de litigio, y como sus posibilidades compositivas se limitan a su propia materia y no a las consecuencias de su existencia y validez, para resolver el litigio secundario tendrá que acudir a la vía judicial, como sucede cuando se ataca la nulidad del compromiso o de la cláusula, la irregularidad del procedimiento o la improcedencia de la ejecución del laudo.

El compromiso no es una demanda ni provoca el emplazamiento, dice BARRIOS,¹²³ y aunque lo afirma para inferir de ello que, más que causa de interrupción de la prescripción, debe considerársele causa de suspensión, esto es, un impedimento para que corra el plazo de liberación de las obligaciones, lo cierto es que coincide en apreciar la diferencia entre la iniciación del procedimiento arbitral y el judicial, por la circunstancia de que en el compromiso se ha superado la fase postulatoria. Producida la aceptación de los árbitros, dice CARNACINI,¹²⁴ corre el plazo para el pronunciamiento del laudo y el procedimiento arbitral puede recorrer su camino sin el impulso de las partes y hasta sin su activa participación en él, con tal que haya sido determinada la materia de la discusión.

Litigio, como lo describe CARNELUTTI, ya no aparece en el compromiso, porque lo ha suspendido, al grado de que si una parte acudiera al juez, la otra haría valer la defensa del compromiso vigente. A pesar de las diferencias que les separaban, las partes litigantes han superado el contraste para querer una sola y misma cosa, como explica WEILL: aquello que sea conforme a la equidad o al derecho.¹²⁵ Que estén convencidas de que su derecho coincide con sus pretensiones o que admitan que puede diferir, es un secreto de conciencia, añade, en el que los juristas no pueden penetrar. Convergencia de intereses opuestos frente a un pro-

¹²³ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, p. 200.

¹²⁴ CARNACINI, Tito, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁵ WEILL, Louis, *op. cit.*, p. 48.

ducto de intereses idénticos, según CARNELUTTI, existencia de una voluntad común para WEILL, que califica al arbitraje de mandato, y mandato también para REDENTI,¹²⁶ que le atribuye un contenido de prestación intelectual a cargo del árbitro; pero no para GARSONNET quien, advirtiendo la aplicación de los principios del mandato al arbitraje, encontraba indiscutibles los caracteres públicos del árbitro como también lo admitieron los autores antiguos.¹²⁷

No parece sino que la tesis que distingue entre acuerdo y contrato, elabore una sutileza intrascendente, porque si para que haya convergencia se requiere dualidad de intereses, para que haya identidad de éstos, también se necesita dualidad de partes y, en resumen, distinguir ambos casos a base de la alusión alternativa a los intereses o a los sujetos, no elimina la dualidad ni justifica oponer convergencia a identidad.

Al penetrar más a fondo en la naturaleza del compromiso, se advierte que si la oposición entre acuerdo y contrato carece de importancia en este caso, en cambio la preferencia por el primero encuentra su explicación en el hecho de que las disposiciones vigentes limitan los alcances del segundo. En efecto, los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos, expresa el artículo 1793 del Código Civil mexicano, y se dividen en unilaterales y bilaterales, onerosos y gratuitos, conmutativos y aleatorios, según los artículos 1835 a 1838 de la propia ley. Si el compromiso crea y modifica obligaciones, no sólo entre las partes litigantes, sino entre ellas y el árbitro, parece preferible hablar de convenio o acuerdo.

Todavía en la actualidad, según se ha visto, se opta por la figura del mandato. Para REDENTI es un mandato conjuntivo, porque con ello explica los caracteres y determinaciones legales de los deberes de los árbitros en el conocimiento y decisión así como sus derechos, principalmente a los honorarios. Conjuntivo encuentra el encargo y la correspondiente aceptación, el deber del árbitro, igual para con todas las partes; conjuntiva la revocación del encargo y dirigida conjuntamente a las partes la renuncia; conjuntiva y solidaria la obligación de retribuir al árbitro, con-

¹²⁶ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 23 a 26.

¹²⁷ GARSONNET, E., *op. cit.*, t. VIII, pp. 399 y 401.

juntiva la obligación de los árbitros de constituirse en colegio y de operar colectivamente.¹²⁸

Mandatario común era el árbitro para WEILL, porque como tal se requiere su aceptación, responde por los daños y perjuicios que cause a las partes por su incumplimiento, por no realizar el encargo con la diligencia de un buen padre de familia, dice REDENTI, en lo que atañe a la actividad y diligencia en la instrucción, en la cognición y en la decisión, respetando los plazos, aunque no es responsable por tomar sus determinaciones o resoluciones en un sentido o en otro, al conducir el proceso o al decidir. El árbitro, como mandatario, añade WEILL, debe ser reembolsado por los gastos; las mismas causas que ponen fin al mandato terminan el compromiso; la revocación, la renuncia, la muerte del mandante o del mandatario, aunque existan especiales circunstancias como el hecho de que la revocación deba ser común, o que en caso de muerte del compromitente se mantenga el mandato si los herederos no son inhábiles ni menores. Y si no existe el control común que se ve en el mandato, es porque de antemano las partes estatuyen las condiciones de su cumplimiento y fijan a su voluntad el procedimiento y los plazos; tienen el derecho común de modificarlos, y como en el mandato, no pueden sustituir al árbitro sin revocar el encargo. El poder conferido por el mandante de hacer en su nombre, justifica plenamente la dirección y la responsabilidad del mandatario. Es verdad que la representación es de la esencia del mandato, pero también se acomoda a la complementación de la inhabilidad por disposición legal en la tutela, en la ejecución testamentaria, en la procuración, en la ausencia. Si puede decirse que el laudo es la voluntad del árbitro y no de las partes, también cabe reconocer, tras de sus respectivas pretensiones, la existencia de una voluntad común que reclama el objeto de su derecho. De manera que el árbitro aparece como su órgano natural, necesario, en cuanto actúa en su lugar, les suple y representa.¹²⁹

Al revisar las normas positivas, se advierte que van de un mínimo exigible: señalamiento del negocio o negocios que deben sujetarse a juicio arbitral (artículo 616 del Código del Distrito),

¹²⁸ REDENTI, Enrico. *op. cit.*, p. 28.

¹²⁹ WEILL, Louis, *op. cit.*, pp. 43 a 58.

EL ARBITRAJE PRIVADO

59

hasta una inclusión creciente de requisitos, entre los que destacan los atinentes a los árbitros (artículo 749 del Código de Yucatán). Esta previsión del árbitro en el compromiso, puede salvarse o desvirtuarse, según se opte por estimar con WEILL que ahí donde falta la concurrencia de voluntades de las partes no puede hablarse de verdadero arbitraje, o se piense con los autores de la ley mexicana que por los efectos del compromiso no puede hablarse de un contrato sino del carácter jurisdiccional de los árbitros; pero aún en el último extremo, ese salvar la omisión de las partes que, se dice borra todo vestigio de mandato, puesto que el compromiso podrá terminar por la muerte del árbitro si no tuviere sustituto (artículo 622, fracción I del Código del Distrito), pero no por la muerte de las partes,¹³⁰ viene a corroborar la idea antes presentada, de que el compromiso implica, para su perfeccionamiento, no la concurrencia de dos sujetos, sino de tres. Cuando el árbitro no puede ser nombrado o sustituido, el compromiso, no el arbitraje, termina. Esta apreciación hace pensar en ciertos actos complejos, como el ajuste de los corredores (artículo 51 del Código de Comercio mexicano), cuya intervención es voluntaria pero tiene el efecto de perfeccionar la relación jurídica. En el compromiso, a diferencia de lo que ROSENBERG señala respecto a la cláusula testamentaria o fundacional, y BARRIOS alude como arbitraje necesario, el árbitro es nombrado por las partes, y la misma ley mexicana del Distrito, favorece esta interpretación, pues si bien expresa en forma genérica en el artículo 616 que, cuando no hayan designado los árbitros se entiende que se reservan hacerlo con intervención judicial como se previene en los medios preparatorios, el artículo 222 que específicamente alude al compromiso en su segundo párrafo, determina la susodicha intervención judicial para el caso en que el árbitro nombrado ya, renunciare y no hubiere sustituto designado, debiendo tenerse presente que esto último habrá de entenderse en conexión con el artículo 622 fracción I, ya citado, en el sentido de que el compromiso termina por muerte del árbitro si no tuviere sustituto. En tal virtud, puede sostenerse que el compromiso se perfecciona con la aceptación del árbitro.

¹³⁰ GARCÍA ROJAS, Gabriel, *op. cit.*, p. 209.

A la idea de REDENTI, del carácter conjuntivo del encargo, incluso en caso de nombramiento separado,¹³¹ debe añadirse la nota de la aceptación del árbitro, y el significado mismo del compromiso que, si bien no llega hasta predeterminar el contenido del laudo, sí puede regular la conducta de estos sujetos en el segundo cuerpo estructural: el procedimiento. A todo cuanto la doctrina ha expuesto para negar al compromiso el carácter de mandato, parece que es menester agregar este dato manifiesto: el compromiso es, si no un contrato procesal como quería CHIOVENDA,¹³² al menos un acuerdo plurilateral que puede tener efectos procesales cuando, como explica ROSENBERG,¹³³ precisamente se celebre la regulación de los actos netamente procesales. El mismo REDENTI afirma que los árbitros no aceptan únicamente el encargo conjuntivo, sino todas las partes del compromiso;¹³⁴ entonces, lo importante es delimitar el acuerdo: las partes y los árbitros celebran el compromiso, por ello quedan todos obligados en sus términos; pero el compromiso funciona sincronizada o equivalentemente para todos hasta el segundo cuerpo del arbitraje, el procedimiento. Después, el compromiso es presupuesto del laudo, mas no la fuente de su imperatividad. De ahí que las partes se encuentren sometidas a su cumplimiento por disposición legal y no como resultado de un mandato, ni siquiera conjuntivo.

Parece, en definitiva, que el compromiso debe concebirse como un acuerdo plurilateral, tendiente a regular la actividad de tres sujetos y, eventualmente, a provocar la intervención del poder público en la ejecución o los recursos judiciales, que desborda la idea del mandato, pero que no tiene en sí, carácter jurisdiccional ni procesal, aunque pueda implicar un programa procedimental, para hablar en términos amplios que abarquen los casos en que el proceso no se forma pero sí hay limitadas instancias expositivas, probatorias o conclusivas, como se verá después.

¹³¹ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 113 a 117.

¹³² CHIOVENDA, José, *op. cit.*, t. 1, p. 140.

¹³³ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. 1, p. 359, t. II, p. 599.

¹³⁴ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 117.

8. *El procedimiento*

La dificultad para caracterizar al arbitraje surge en cuanto se advierte, con ROBERT,¹³⁵ que se rige, tanto por la ley sustantiva como por la procesal. El pacto entre las partes, al que concurre el tercero, quedaría definido como mandato conjuntivo si no fuera por la particularidad del procedimiento. Ya en éste, según las cambiantes regulaciones positivas, el árbitro pasa de las facultades provenientes del compromiso, a los poderes previstos en las leyes para la dirección e impulso de las secuencias.

En el procedimiento el árbitro llega a alcanzar la posición de un juez. No en todos los casos, especialmente en aquéllos en que basta el simple depósito del compromiso y en los que el arbitraje no implica la constitución de un proceso. Para hablar de éste, es menester conjuntar acciones con actividad jurisdiccional; pero cuando en el arbitraje no hay una constitución en juicio, como previa toma de contacto con el tercero imparcial, según lo expuesto por CARNACINI,¹³⁶ es inadecuado hablar de proceso. Si a esto se añade que la actividad de las partes es susceptible de una reducción al mínimo de la entrega única de los documentos indispensables para el conocimiento del litigio, resulta que el arbitraje puede quedar limitado al encargo de una obra intelectual.

En tales supuestos, cabría decir del compromiso algo similar a lo que, respecto a la cláusula, ha sostenido la jurisprudencia italiana: que se trata de una estructura negocial, cuyo efecto es sustraer al juez ordinario la cognición de las controversias, y la indagación sobre su validez se resolvería en una cuestión de competencia.¹³⁷ Pero como el compromiso puede producir efectos procesales, no sólo en cuanto impide que la litis sea conocida por el juez,¹³⁸ sino también porque atañe a la habilidad para estar en juicio, distinta de la habilidad para concluir el compromiso o la cláusula,¹³⁹ cuyos efectos se advierten hasta en la circunstancia de que antes de la instauración del juicio, la invalidez puede invocarse por el inhábil o su legitimado, como en la anulación de

¹³⁵ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 43.

¹³⁶ CARNACINI, Tito, *op. cit.*, pp. 44 y 45.

¹³⁷ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 29 a 33.

¹³⁸ REDENTI, Enrico, *op. cit.* p. 19, nota 2.

¹³⁹ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 21, nota 3.

cualquier contrato, mientras que en el curso del proceso esa nulidad puede ser provocada también por el sujeto hábil,¹⁴⁰ según se desprende de la polémica que sobre el particular se ha establecido entre los tratadistas italianos, fuerza es decir que en tales supuestos, el compromiso es fuente de relaciones procesales.

En las causas simples, principalmente tenidas en cuenta por el legislador, no se perciben las repercusiones procesales con la claridad que ofrecen hipótesis poco frecuentes, como las mencionadas por la doctrina respecto al caso de controversias conexas, entregadas, una al arbitraje y la otra al juez ordinario. Aunque sea discutible la existencia de un interés público en la reunión de ambas, que impida la actuación del árbitro, el hecho de que se confronte un problema de conexidad procesal, es prueba suficiente de las implicaciones que en este orden tiene el compromiso.¹⁴¹

Cuestiones netamente procesales que afectan al compromiso son las atinentes a la posibilidad de proponer reconvencción sin la aquiescencia de la contraparte, o la introducción de temas no comprendidos inicialmente y aun la validez de las conclusiones que excedan la órbita del compromiso y que no fueron oportunamente impugnadas. Son éstos, aspectos discutidos en la doctrina italiana, pero no por ello menos sintomáticos del carácter procesal del acuerdo que, así, rebasa la calificación del mandato conjuntivo.¹⁴²

Aunque la cláusula tiene mucha menor trascendencia procesal, cabe aludir al supuesto en que una parte estime procedente el arbitraje y, discutida su opinión, constituya objeto de la decisión previa del árbitro. Como destaca REDENTI, lejos de impedir la constitución del juicio, forma parte de los problemas a decidir, salvo siempre la eventual censura judicial en sede de impugnación.¹⁴³

La tesis del mandato y cualquiera otra que vea en el compromiso una mera figura de Derecho sustantivo, son insuficientes cuando de explicar se trata por qué, si los compromitentes son más de dos, para los efectos del laudo deben participar todas ellas en el procedimiento, y la condición es más severa en el arbitraje que en el proceso judicial, porque el árbitro en el Derecho italiano, no puede como el juez, ordenar la integración del con-

¹⁴⁰ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴¹ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴² REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 83.

¹⁴³ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 95.

tradictorio con la intervención de quien no haya participado. El problema atañe a las diferencias entre la habilidad en la causa y en el proceso, que la doctrina explica a través de las denominaciones legitimación *ad causam* y *ad processum*.¹⁴⁴

Si alguna explicación tiene la tesis del compromiso como contrato sustantivo de contenido procesal, consiste en que las partes y/o el árbitro pueden reglamentar el accionar o remitirse a las disposiciones supletorias de la ley. El curso del procedimiento, dice ROSENBERG,¹⁴⁵ se regula en el Derecho alemán, en primer lugar, por la convención de las partes o por éstas con el tribunal arbitral antes de comenzar el procedimiento o en el transcurso del mismo o, en el caso de tribunales arbitrales permanentes, casi siempre por medio de los reglamentos para tribunales arbitrales que son independientes de la cooperación de las partes y vinculatorios para ellas; sólo, o en cuanto no es este el caso, es decisivo el libre arbitrio del tribunal arbitral, hipótesis que recuerda, no el juicio en equidad, sino la libre sustanciación sin proceso. Pero no debe confundirse el hecho meramente circunstancial de que las partes confieran al árbitro la facultad reglamentaria del procedimiento, con la cuestión de la naturaleza de estas reglas. El compromiso puede tener una formación progresiva, según terminología de REDENTI,¹⁴⁶ por ende, cuando sea el árbitro el facultado para establecer las bases netamente procesales, su determinación es temporalmente posterior al pacto entre las partes, pero forma un todo con el compromiso, puesto que la regulación debe ser anterior a la iniciación del procedimiento, tanto si es el árbitro quien reglamenta, como si lo hacen las partes en escritos posteriores. Cabalmente porque la aceptación de los árbitros marca el nacimiento del proceso, la determinación de esas reglas es contenido del acuerdo que, así, deja de ser exclusivamente sustantivo, para extenderse a lo estrictamente procesal.¹⁴⁷ Por ende, la información de ROSENBERG, sobre lo que llama el libre arbitrio del tribunal arbitral en el procedimiento, por un lado está limitado, como lo precisa el autor, a lo dispuesto por el párrafo 1034 del Código Procesal civil alemán, que ordena oír a las partes

¹⁴⁴ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁵ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. II, p. 608.

¹⁴⁶ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 123.

¹⁴⁷ CARNACINI, Tito, *op. cit.*, p. 70.

e investigar los hechos referentes a la cuestión antes de dictar el laudo y, por otro, al establecimiento de antemano de un reglamento procesal que puede concordar en todo o en parte con la ley vigente. Por más que esta regulación es eficaz aunque no se comunique a las partes y modificable en cualquier momento, según jurisprudencia alemana, resulta en el fondo que la comunicación omitida puede violar el derecho de ser oído, y nunca podrá ir contra las buenas costumbres ni el orden público que asegura el derecho de audiencia, puntal del procedimiento arbitral, dice ROSENBERG, que no puede ser eliminado por convención.¹⁴⁸

El segundo cuerpo de la estructura arbitral exhibe problemas procesales, cuyas raíces se encuentran en el acuerdo. Se trata de cuestiones que, en el proceso judicial, serían objeto de proveimientos y no de pronunciamientos de fondo. Se ha discutido, *verbi gratia*, la convalidación durante el proceso o por causa de él, de los defectos en escritos sin firma, cambiados entre las partes, en la formación progresiva del compromiso; por más que el asunto muestre la influencia del segundo momento en el primero, sólo atañe al contenido procesal del compromiso.¹⁴⁹

Quizás pueda presentarse el problema con mayor claridad si se toma en cuenta la idea de REDENTI, en el sentido de que todas las actividades de las partes y los árbitros, y aun de la autoridad judicial, tienen efectivamente en el compromiso su presupuesto.¹⁵⁰ Si por presupuesto se entiende la circunstancia que condiciona anticipadamente la eficaz realización de un acontecimiento jurídico, el compromiso es el presupuesto del accionar en el proceso arbitral, idea que ya expone BARRIOS, aunque mezclándola indebidamente con la condición previa.¹⁵¹ El presupuesto no es simplemente lo previo, porque hay condiciones previas que no son presupuestos: en la formación progresiva, el pacto entre las partes es previo a la aceptación del árbitro, pero no es necesariamente el presupuesto porque de dicha aceptación no proviene la justificación del procedimiento. Lo que importa es que en el compromiso, en alguna de las piezas que forman su cuerpo, se presupueste el proceso.

¹⁴⁸ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. II, p. 608.

¹⁴⁹ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 125.

¹⁵⁰ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 130.

¹⁵¹ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, p. 212.

Aunque la doctrina pugne porque el laudo reciba ejecución directa y se suponga que es efecto del compromiso, en el mundo, dice REDENTI, el laudo tiene existencia y eficacias propias que le hacen susceptible de ser atacado sin afectar al compromiso. Es que el laudo en sí resulta impugnabile, y sólo él será el blanco de la censura judicial, aunque tome pie en actos anteriores o en el compromiso mismo, los cuales constituyen su precedente histórico, porque, si a consecuencia de la impugnación del laudo, éste llega a ser anulado o revocado, no por ello revive el compromiso o la función jurisdiccional de los árbitros y, todo lo más, por efecto del “iudicium rescindens”, la autoridad judicial queda investida del “rescissorium”.¹⁵² Es verdad que en otras legislaciones cabe el reenvío y aun la impugnación ante un segundo tribunal arbitral, como también lo es que, a propósito del laudo, se ataque la validez del compromiso; pero como sin laudo estas circunstancias no serían posibles, cabe concluir que la invocación de razones es inconfundible con la autonomía del juicio y, si para atacar a éste se sostiene la irregularidad del acuerdo o del procedimiento, no se trata de controlar a éstos sino al laudo mismo.

El compromiso, en puridad, vive, late hasta el procedimiento. Esta idea no encuentra pleno apoyo doctrinario, pero permite entender por qué, si el árbitro está facultado para decidir inapelablemente, se califica al laudo de dictado en equidad, mientras que si se le autoriza para reglamentar el procedimiento, no puede hablarse de procedimiento equitativo sino convencional. Al impugnarse la actividad estrictamente jurisdiccional, la ejercida en el proceso y con motivo de él, se alega una violación al compromiso por error “in procedendo”, por más que la norma procesal no esté expresada en el documento sino en la ley, pues su aplicación es supletoria: como querida por las partes.

Si se ataca el laudo por error “in iudicando”, se alegan violaciones cometidas al decidir y no se invoca el compromiso sino la ley o la equidad. El compromiso es la medida de la impugnación del laudo cuando el árbitro decide “ultra petita”, o cuando no decide todo; pero, entonces, más que de influencia del compromiso en el laudo, ha de hablarse de su carencia. Ni siquiera

¹⁵² REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 130.

cabe ahí una influencia negativa,¹⁵³ porque el compromiso no impide la validez del laudo, sencillamente la decisión se encuentra desorbitada. El árbitro no tiene facultades para decidir “ultra petita”, no porque el compromiso no le autorice, sino porque no puede un particular imperar sobre negocios ajenos. A su vez, el árbitro ha decidido mal, no porque viole el compromiso, sino porque la ley o la equidad no justifican su laudo. En fin, el tercero ajeno al compromiso, dice REDENTI,¹⁵⁴ tiene acción ordinaria autónoma de declaración negativa de certeza para eliminar el perjuicio que le siga el laudo pronunciado “inter alios”. Pero no cabría que el tercero se opusiera al proceso arbitral mismo, que viene a ser el desarrollo de las reglas presupuestas en el compromiso. Durante el proceso arbitral, el tercero puede intervenir, pero adhiriéndose a los acuerdos, con el consentimiento de las “dramatis personae”, dice CARNACINI, y a condición de que respete las reglas del “in statu et terminis”, aunque la restante doctrina no se muestra favorable a esta tesis; pero ello destaca el origen contractual del juicio arbitral, añade el autor, de manera que si la intervención se acepta, da vida a un nuevo acuerdo compromisorio incluido el consentimiento de los árbitros; y del mismo origen es la falta de poderes de los árbitros en lo tocante a terceros y la inaplicabilidad de la intervención coactiva, ya a instancia de parte o “iussu iudicis”. La misma “denuntiatio litis” requiere el consentimiento del tercero y de los demás sujetos del compromiso. Y en cuanto al litisconsorcio necesario, si uno de los

¹⁵³ En el toca 44/55, relativo al amparo directo 3175/59, el Magistrado del Tribunal Unitario del Primer Circuito dijo: “En primer lugar, la incongruencia negativa de una sentencia consiste en la omisión del sentenciador del estudio de alguna de las cuestiones controvertidas en la demanda y en la contestación, y debe reclamarse mediante el recurso de aclaración de sentencia que procede conforme a los artículos 1331 del código de comercio y 84 del código de procedimientos civiles del Distrito y Territorios federales supletorio de aquél, aclaración que interrumpe el término (*recitius*: plazo) de la apelación y en que la resolución que se dicte otorgando o negando la aclaración forma parte de la sentencia, de suerte que sólo en estas circunstancias puede el Tribunal de apelación remediar las omisiones (incongruencia negativa) de la sentencia de primer grado...” Sin embargo, este criterio sobre la aclaración de sentencia no es compartido por la Suprema Corte y fue rechazado en el amparo citado.

¹⁵⁴ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 131.

sujetos está ausente, no está vinculado por ese acuerdo compromisorio; las partes no pueden obligarlo a intervenir y los árbitros pronunciarían un laudo en vano, lo que no impide el desarrollo del proceso arbitral.¹⁵⁵

Puede, entonces, concluirse afirmando que el segundo cuerpo de la institución tiene, con el primero, una intimidad de función, pues directa o indirectamente es su antecedente necesario. El procedimiento está en el compromiso como reglamento y el compromiso trasciende al procedimiento como el desenvolvimiento de su programa dinámico. Pero no debe olvidarse que este segundo cuerpo puede variar, desde un mínimo de entrega de memorias al árbitro, hasta un máximo de desarrollo procesal, pasando por un simple procedimiento convencional.

9. *El laudo*

De las opiniones anteriores se infiere que el arbitraje, compuesto por cuatro cuerpos, estructuralmente, forma dos secciones funcionales. La primera comprende la normatividad del compromiso y su realización procedimental, la segunda abarca desde la decisión a los medios impugnativos de desplazamiento judicial y la posible ejecución.

Cuanto WEILL tiene argumentado sobre la naturaleza contractual del arbitraje, se apoya en el compromiso, de ahí que, si se traspone el umbral de la decisión, la tesis pierde apoyo. Una revisión sintética de sus razonamientos prueba lo aseverado. El laudo en el derecho romano clásico no tenía, dice, ni autoridad ni fuerza ejecutoria; las partes podían llevar al juez ordinario el objeto de su litigio y, sólo si habían tenido la precaución de estipular una pena determinada, por vía de acción "ex stipulatu", podían perseguir el pago de la misma. Se aseguró así, indirectamente, el respeto al laudo. Aun aceptando su explicación, ello no justifica la calificación que le da de acto convencional, primero porque en diversos sistemas se ha conocido la sentencia inejecutable directamente, cual sucede con los fallos contra el Estado y, más específicamente, los pronunciados en México por

¹⁵⁵ CARNACINI, Tito, *op. cit.*, pp. 107 y 111.

el Tribunal Fiscal de la Federación.¹⁵⁶ Después, porque entre ejecución y obligación, hay diferencias manifiestas y la inaplicabilidad de la coacción no resta validez al laudo, de la misma manera que una sentencia meramente declarativa no deja de ser pronunciamiento legal y no convencional, por el hecho de ser inejecutable.¹⁵⁷

Los árbitros carecen de potestad para compeler a terceros y testigos, dice en otra parte, y para ejecutar los laudos por sí mismos, situación que aún se encuentra en diversos sistemas positivos. Pero ya WEILL se encarga de citar el comentario de D'ARGENTRÉ sobre el artículo 19 de la *Coutume de Bretagne*, que hacía salvedad para el caso en que los árbitros tuvieran en su poder la cosa litigiosa. Todavía agrega que los árbitros no pueden auxiliarse de los jueces en Francia, para efectuar actos compulsivos. Aun dentro de las limitaciones dogmáticas que invoca WEILL, la cuestión sigue siendo de distinción entre jurisdicción y ejecución, porque no se discute que los árbitros puedan proceder a instruir el proceso y a decidir en derecho o en equidad, sino que carecen de potestad ejecutiva. El árbitro, como dice ROSENBERG, debe estar sobre las partes y resolver con independencia y libre de toda influencia¹⁵⁸ y, a propósito de estos conceptos, conviene insistir en que, entre la actividad del árbitro en el procedimiento y en el laudo, existen tajantes diferencias, al grado de que no cabría suponer que las partes no influyen en los proveimientos procesales o que el árbitro es independiente y libre al encaminar el procedimiento.

Pero fuera de estas circunstancias que, propiamente, atañen al árbitro y no al laudo mismo, WEILL ofrece sus mejores argumentos al sostener que éste no es sentencia propiamente dicha. Laudo y sentencia tienen para él sólo un punto de coincidencia: los intereses privados susceptibles de decisión, pero esta comunidad de notas le parece insuficiente para asimilarlos, porque exis-

¹⁵⁶ SODI, Demetrio: *Procedimientos federales*, México, 1912, p. 289. *Semanario de la Federación*, t. LXXX, p. 897, t. LXXIX, p. 3483, t. LXXII, p. 2570, t. LXXII, p. 4567, tesis referentes a la carencia de facultades del Tribunal Fiscal de la Federación para ejecutar sus propias resoluciones.

¹⁵⁷ MERCADER, Amílcar A.: *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, Bs. As. 1944, pp. 107 a 109, 173. Alberto M. MALAVER, *Acción de jactancia y acción declarativa*, Bs. As. 1944, pp. 169 y ss.

¹⁵⁸ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. II, pp. 588 y 589.

ten otras diversas figuras en que un tercero interviene en la solución: los peritos desde luego, los terceros que fijan el precio en la venta, y, en auxilio de su tesis, podrían mencionarse los demás sujetos aludidos por REDENTI que ya han sido citados,¹⁵⁹ y los numerosos casos que expone ROSENBERG para identificar al perito árbitro, o sea, el que se limita a afirmar un hecho del que depende la resolución de un asunto jurídico, pero que no resuelve sobre sus consecuencias.¹⁶⁰

Sin apelar a las explicaciones ya vistas de CARNELUTTI, por considerarlas insuficientes, puede señalarse que, entre el laudo y las restantes producciones de esos terceros, hay una diferencia esencial: el proceso. Es cierto que no en todo arbitraje aparece el proceso, pero, entonces, todavía subsiste el punto de distinción de que el laudo, como la sentencia y frente, no sólo a las opiniones o dictámenes de terceros, sino a cualquier resolución pública administrativa, contiene una interpretación imperativa sobre pretensiones contrapuestas.

A partir de la discrepancia jurídica, llámesele litigio o simple contraste, porque ello poco influye en la decisión del problema, los sujetos pueden acudir a un tercero para a) que estipule la obligación, afirme un hecho, como dice ROSENBERG, proponga ajustes como el corredor o concilie intereses; y b) para que, de entre las afirmaciones opuestas, total o parcialmente, de los interesados, infiera la solución válidamente imponible a su situación de intransigencia. En el primer supuesto a), el tercero opina libremente; en la hipótesis b), el tercero concluye dialécticamente. Aunque cada parte quiera una solución especial, el perito que es llamado para dictaminar se basa en su ciencia; el fijador del precio puede desconocer el deseo de las partes, ignorar la cuantía de sus pretensiones y expresar su criterio autónoma e independientemente. Pero el árbitro, como el juez, al decidir infieren de dos órdenes de pretensiones; son éstas, no sólo la causa sino la fuente de lo decidido, aunque no sean el por qué del sentido de la decisión, que cabe ubicar en la ley o en la equidad. Sin la dualidad de pretensiones no hay laudo ni sentencia, mas es factible un problema que constituya la materia de la pericia.

¹⁵⁹ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

¹⁶⁰ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. II, p. 589.

¹⁶¹ COSTA, Joaquín: *El juicio pericial y su procedimiento*, Madrid, 1904, pp. 7 y 20.

Para COSTA,¹⁶¹ cuando en actas, estipulaciones privadas, escrituras de transacción o de sociedad, dos o más partes se someten a lo que decida un tercero, uno o más peritos, prácticos, personas entendidas, liquidadores, contadores, partidores, apoderados o sujetos designados genéricamente como personas, sobre liquidación de frutos y rentas o de daños y perjuicios, sobre partición de bienes comunes, hereditarios o no, sobre existencia de una servidumbre, sobre cuentas de una administración, sobre las causas de un incendio, sobre determinación y avalúo de obras hechas, sobre aprecio o regulación de honorarios, sobre inteligencia de la cláusula de un contrato de sociedad, sobre deslinde dudoso de dos predios, sobre prelación de créditos, sobre si es de recibo una obra conforme a las condiciones del ajuste, sobre mejor derecho a una herencia y casos similares; se está frente a un juicio simplísimo que no tiene un ordenamiento definido como el juicio arbitral o el de amigables componedores, pero que algunas veces se instaura de oficio por disposición expresa del legislador.

Este juicio que llama de peritos, tiene su origen, ordinariamente, en el contrato, mas la multiplicidad de incidentes llevados a los tribunales, acreditan la aplicación supletoria de leyes que, con los juicios de árbitros y amigables componedores y el dictamen pericial, guardan cierta analogía. Parece, por tanto, que este llamado juicio pericial es una institución consuetudinaria, a la que deben aplicarse las reglas del código civil y las de los procedimientos con los que guarde algún paralelismo. Lo importante del caso estriba en que, según COSTA, el Tribunal Supremo español ha decidido que, mientras el dictamen emitido por peritos es un medio de prueba, la decisión de peritos es un fallo con resultados de juicio privado, contractualmente estipulado. Ahora bien, aunque COSTA intenta distinguirlo del arbitraje, tanto de derecho como en equidad, porque las partes pactan el término de sus diferencias con la mediación de un tercero, otorgando una transacción que por ninguna ley está sujeta a formas especiales para su validez y eficacia, al tenor de la jurisprudencia que invoca; lo cierto es que ese tercero no tiene, efectivamente, carácter de mediador ni siquiera de perito, sino de árbitro, que, como expone ROSENBERG,¹⁶² no es de los que resuelven efectuando una sub-

¹⁶² ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. II, p. 589.

sunción de los hechos en la norma jurídica, pero sí de los que afirman el hecho, del que depende la resolución del asunto jurídico.

ROSENBERG y COSTA coinciden en llamar a este sujeto perito árbitro y juicio pericial a la institución, concuerdan también, estructuralmente, en los casos que citan, y, por último, en distinguirla del juicio de árbitros y procedimiento arbitral. ROSENBERG alude: a la convención en los contratos de seguros, para que mediante peritos se establezcan algunos presupuestos de la pretensión por seguro (si se ha producido el hecho asegurado, la importancia del daño, etcétera); si un procedimiento invade la patente de una de las partes y si esa patente sería nueva; si existen los presupuestos por los cuales puede exigir una de las partes a la otra la entrega del terreno; sobre la interpretación de un contrato o su cumplimiento; sobre el valor de objetos de la partición o de la indemnización por un fundo expropiado; sobre el valor de una empresa o de las utilidades; sobre el precio o la cuantía de la contraprestación; sobre el menor valor de una cosa como consecuencia de un defecto; sobre si ciertos perjuicios deberían atribuirse a los trabajos en la mina; si la explotación de una finca por el arrendatario da motivo de reparos; si es adecuado el local ofrecido en reemplazo; el caso en que, de acuerdo con los contratos con los médicos de las cajas de enfermedad, son disminuidas sus facturas por una oficina revisora; y el caso en que es nombrado un tribunal para comprobar si se ha hecho la prestación exigida para el otorgamiento de un premio, mientras sería tribunal arbitral si resolviera definitivamente sobre las pretensiones relativas a los premios asignados.¹⁶³

COSTA menciona los siguientes: en el contrato por obras a precio alzado o por ajuste, con cláusula de a satisfacción del propietario, para la aprobación de ellas en caso de falta de conformidad (artículo 1598 del código civil); para el avalúo de los bienes embargados en el procedimiento de apremio (artículos 1483, 1494 y concordantes de la ley de enjuiciamiento civil); en la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios de desahucio, para tasar los bienes del demandado retenidos en depósito y hacer el avalúo de las labores o plantíos reclamados por

¹⁶³ ROSENBERG, Leo, *op. cit.*, t. II, pp. 589 y 590.

él (artículos 1603 y 1604 de la misma ley); para apreciar los daños causados por los incendios en los inmuebles asegurados y decidir sobre las causas del siniestro (artículos 406 a 410 del código de comercio); para la valuación del capital social o de la parte de él que un socio haya de aportar, consistente en efectos (artículo 172 del mismo código); para fijar el tanto del aumento de premio en el contrato de seguros marítimos en caso de sobrevenir una guerra, si no lo hubiesen fijado las partes (artículo 767 del mismo código); para decidir el tanto de indemnización que el dueño de una mina ha de satisfacer por daños y perjuicios ocasionados en otras minas por acumulación de aguas en sus labores o por otra causa, si no lo hubiesen convenido o convinieren directamente los interesados (artículo 55 de la ley de minas de 6 de julio de 1859, y 4 de marzo de 1868, y artículo 26 del decreto ley de 29 de diciembre de 1868); para fijar la indemnización de los daños y perjuicios causados a la agricultura por las industrias mineras (real decreto y reglamento de 18 de diciembre de 1890); intervención de contadores y peritos para la práctica de operaciones divisorias en el juicio voluntario de testamentaría (artículos 1070 a 1073 de la ley de enjuiciamiento civil); en el concurso de acreedores para el avalúo de los bienes (artículo 1237); en los actos de jurisdicción voluntaria, para reconocimientos y avalúos (artículo 2117); en el aseguramiento de bienes litigiosos, para la tasación de minas, plantaciones, montes, arbolados y establecimientos industriales y fabriles y de los deterioros que pueda producir su mala explotación (artículo 1423); en los apeos y prorrates de foros (artículos 2071 y 2101); en la inteligencia de que en los últimamente citados de la ley de enjuiciamiento, lo declarado por los peritos parece revestir, para COSTA, cierto carácter ambiguo, entre decisión y dictamen.¹⁶⁴

Si de la caracterización que menciona COSTA, se elimina la expresión que utiliza la jurisprudencia española para hablar del convenio, esto es, las palabras de otorgamiento de una transacción, que el mismo autor censura; y de la presentada por ROSENBERG se busca el fondo de la aparente divergencia entre dictar resolución y afirmar un hecho, se concluye que este juicio de

¹⁶⁴ COSTA, Joaquín, *op. cit.*, p. 8, nota 1.

peritos o estos peritos árbitros, no son fenómenos diferentes al arbitraje. En efecto, pactar el término de las diferencias entre las partes por la intervención de tercero que no valora sino que dictamina imperando, es nada menos que convenir en la emisión de un laudo. De otra parte, afirmar un hecho del que dependen consecuencias jurídicas para las partes, es dictar una sentencia declarativa. Sobre el tema de las decisiones meramente declarativas, ROSENBERG ha recordado las pretensiones dirigidas a conseguir la mera declaración del estado de una persona, particularmente el de su filiación legítima o ilegítima; la de existencia o nulidad de un matrimonio; la de mera declaración de la propiedad, de la posesión o de un derecho real limitado; la de autenticidad o falsedad de una escritura; la de nulidad de un contrato o de otro acto jurídico, etcétera.¹⁶⁵ Son estas, afirmaciones sobre hechos, pero no a la manera de lo que el actor hace al demandar, sino del mismo modo imperativo que el juez condena. Por tanto, no parece que en estos casos del llamado juicio pericial, se deba hablar de una institución distinta al arbitraje.

La triangularidad de personas, permite también a REDENTI mencionar al depositario convencional, al liquidador social, al administrador común, etc.; pero estas figuras son más fácilmente distinguibles del árbitro, porque no resuelven la oposición de pretensiones jurídicas.¹⁶⁶ La función de juzgar, punto de comparación tantas veces elegido que ha llegado a confundirse en las leyes, la jurisprudencia y la doctrina, es sin embargo, precisa y clara: interpretación de entre dos pretensiones contrapuestas. Algunas veces le precederá un procedimiento más o menos largo, que puede alcanzar la estructura del proceso si las partes accionan y reaccionan y el tercero ejerce jurisdicción, otras bastará el simple conocimiento de las pretensiones opuestas; pero siempre habrá decisión y no mera opinión ni proposición de solución.

WEILL acude a todos los medios discursivos para sostener que el laudo no es sentencia, llega hasta revisar las reglas del procedimiento para demostrar que no son las formas establecidas para los tribunales, porque en el arbitraje no hay publicidad de las audiencias en un lugar determinado, argumento que se antoja

¹⁶⁵ ROSENBERG, Leo: *Las sentencias declarativas*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1947, Núms. III y IV, p. 559.

¹⁶⁶ REDENTI, Enrico, *op. cit.*, p. 25.

circunstancial y deleznable, porque nada impide que la ley llegue a prever esa posibilidad, aun cuando sea para fines didácticos como aconteció con el proyecto para los seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México;¹⁶⁷ de otro lado, en el proceso civil existen disposiciones que exigen el secreto en los tribunales estatales.¹⁶⁸ Los árbitros, dice, no tienen poderes para disciplinar las mismas audiencias, correcciones o medidas de policía de las audiencias que, por un lado, constituyen un argumento semejante al anterior e igualmente discutible y, por otro, caen ya en las potestades ejecutivas antes observadas.¹⁶⁹ Los árbitros deben instruir en común y no pueden delegarse atribuciones, cuestión que las leyes y la doctrina han resuelto ya en sentido contrario y que en la misma Francia, ha permitido a ROBERT hablar del tercer árbitro en contraposición al árbitro tercero, porque aquél no interviene en la sustanciación del procedimiento y éste sí.¹⁷⁰ No pueden los árbitros resolver sobre una demanda adicional, dice después, a menos que sea accesoria de la principal, problema que CARNACINI resuelve en sentido diverso, aunque dentro de ciertos límites.¹⁷¹ No pueden, dice WEILL, decidir sobre una reconvencción a menos que tienda a la compensación y no constituya un medio de defensa en sentido estricto. El argumento es inaceptable, tanto porque en diversas leyes vigentes se admite que las partes convengan en la procedencia de la reconvencción, cuanto porque si ésta puede producir en ciertas condiciones efectos compensatorios, no es propiamente una compensación, a lo cual cabe añadir que la reconvencción es una pretensión autónoma y la compensación una defensa sustantiva.¹⁷² La interven-

¹⁶⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proyecto de ordenanza relativa a los servicios de información jurídica y al desempeño de funciones arbitrales por los Seminarios de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. I, Núms. 1 y 2, p. 444, artículo 26, segundo párrafo, y nota 117.

¹⁶⁸ Artículos 86 y 105 del Código federal de procedimientos penales; Artículo 152 del Código fiscal de la Federación; Artículo 59 del Código de procedimientos civiles del Distrito y Territorios federales.

¹⁶⁹ WEILL, Louis, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

¹⁷⁰ ROBERT, Jean, *op. cit.*, pp. 172 y ss.

¹⁷¹ CARNACINI, Tito, *op. cit.*, p. 113.

¹⁷² ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, t. II, pp. 153 y ss., Bs. As. 1942.

ción de tercero no es procedente sino con el consentimiento de los árbitros y las partes, lo que equivale a nuevo compromiso. Esta nueva argumentación de WEILL es admisible, pero en nada afecta a la naturaleza del laudo y sólo confirma que, funcionalmente, los dos primeros cuerpos: compromiso y procedimiento, forman una misma sección. No están obligados a seguir las formas rigurosas de la deliberación y no pueden elegir un tercero en caso de desacuerdo, sino con el consentimiento previo de las partes. También cabe aceptarlo, dentro de sus circunstancias legales, pero continúa sin afectar la naturaleza decisoria del laudo.

Como en otros autores, se encuentra en WEILL la confusión entre procedimiento y laudo, cuando destaca que las partes pueden dispensar a los árbitros de seguir las reglas legales de manera más o menos absoluta, autorizándolos a decidir en equidad y sin formalidad, a condición de respetar el orden público. Se ha puntualizado que no puede confundirse el procedimiento convencional con la decisión en equidad. El primero será siempre una normatividad preestablecida, sea por las partes, por los árbitros o, supletoriamente, por la ley. La segunda, como lo estableciera CALAMANDREI,¹⁷³ consiste en la simultánea creación de la norma y la resolución. Seguir un procedimiento en equidad sería absurdo, porque implicaría la instancia en una secuencia cuyo eslabonamiento es desconocido por los interesados y establecido “a posteriori” por el árbitro, es decir, un promover sin la posible previsión de su eficacia. Lo que se quiere mencionar con el procedimiento convencional es la mayor o menor formalidad, la estipulación sobre los plazos, el acuerdo para alterar los modos de proceder, pero jamás el dejar al azar o al capricho de tercero lo que deba hacerse, cuándo y cómo. En la obra de WEILL, no obstante sus injustificadas afirmaciones, se concede la importancia que tiene al principio formativo del proceso: la bilateralidad de la instancia, aunque con propósitos diversos de la causa jurisdiccionalista del arbitraje.

WEILL apunta que las partes no pueden convenir en que los árbitros juzguen sin haberles oído.¹⁷⁴ El caso exige algunas acla-

¹⁷³ CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As. 1943, pp. 37 y ss.

¹⁷⁴ WEILL, Louis, *op. cit.*, p. 35, nota, 1.

raciones, la primera y fundamental, radica en la diferencia entre bilateralidad de la instancia y bilateralidad de la audiencia. En el arbitraje con procedimiento simple: presentación del compromiso donde figura la "litis contestatio" y, eventualmente algunas memorias y pruebas, la bilateralidad de la audiencia responde a la dualidad de pretensiones y es lo que justifica el carácter decisorio del laudo. Pero en ese arbitraje de procedimiento convencional, no hay proceso, para que éste se configure, es menester la bilateralidad de la instancia, el doble juego de la acción y la reacción. CARNACINI cita el caso del presunto reconocimiento de las escrituras privadas producidas contra el contumaz, que exige la plena comprobación de este carácter atribuido a la parte.¹⁷⁵ Si en doctrina se discute la existencia de la contumacia en el proceso arbitral, no es tanto por su posibilidad teórica, sino porque, a semejanza de lo que en México sucede con la aplicación del artículo 479 de la Ley federal del trabajo, que indebidamente califica de desistimiento de la acción a la falta de promoción en el plazo de tres meses, siempre que sea necesaria para la continuación del procedimiento laboral ante las Juntas, lo que acontece es que, tomando en cuenta el procedimiento arbitral convencional y simplificado, a que se han hecho tantas alusiones, o la obligación de las Juntas, de impulsar oficiosamente el proceso, la contumacia resulta fuera de lugar.

Pero si por la índole de las cuestiones que incluye el compromiso, se hace necesario un desarrollo procesal y no simplemente procedimental, surgen durante él, casos que darían lugar a su anulación, como el nombramiento de árbitro tercero sin la previa voluntad de las partes o la intervención judicial, o bien cuando los árbitros deciden fuera del plazo; entonces, como dicha nulidad puede ser sanable, al pasar la oportunidad procesal sin que se haga valer la impugnación, opera la preclusión, propia del instar procesal que no se limita a la secuencia sino que exige una serie, un avanzar graduado y preconcebido.¹⁷⁶

La bilateralidad de la audiencia responde a la duplicidad de pretensiones, presupuesto ineliminable de cualquier pronunciamiento, llámesele laudo, sentencia o declaración administrativa en

¹⁷⁵ CARNACINI, Tito, *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁶ ROBERT, Jean, *op. cit.*, p. 170.

materia de marcas y patentes.¹⁷⁷ Si ha de buscarse el principio de división que separa a la sentencia judicial de la resolución administrativa, no puede acudir a otra nota, como la de la cosa juzgada, material o formal, según hace LAMPUÉ;¹⁷⁸ pues el acto administrativo puede tener validez y vigencia inmutables, aún más estable que los fallos firmes de los jueces ordinarios, y la cosa juzgada llega a tener identidad absoluta, al decir de LINARES,¹⁷⁹ en los actos administrativos perfectos y las sentencias perfectas, en el sentido de que no procede contra ellos recurso alguno. La separación entre acto o resolución administrativa y sentencia judicial o declaración administrativa sobre contenciones privadas, está en que las últimas pronuncian sobre pretensiones contrapuestas; y, en este caso, el tercero, árbitro o juez, no puede decidir sin conocer, sin oír las pretensiones de las partes, aunque su fallo sea en conciencia, a verdad sabida, según el artículo 21 del título especial de la justicia de paz en el código vigente en el Distrito, o en equidad en la amigable composición que autoriza el 628 para los árbitros. Es esa bilateralidad de la audiencia a la que se refiere la parte final del artículo 619 de este código procesal, cuando ordena que, cualquiera fuere el pacto en contrario, los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos si alguna de las partes lo pidiere.

En cambio, la bilateralidad de la instancia queda prácticamente eliminada en la primera parte del artículo, al facultar a los interesados y a los árbitros para seguir en el procedimiento los plazos y las formas establecidos en los tribunales a menos que las partes convengan otra cosa, porque esto último conduce, cabalmente, a posibilitar un procedimiento simple, sin el accionar propio del proceso. Esto sucede en buena parte de los arbitrajes, al grado que la ley habla de recursos, en su artículo 632, al referirse a la ejecución del laudo y, expresamente, establece que, si hubiere lugar a alguno, lo admitirá el juez al recibir los autos y remitirá éstos al Tribunal Superior, es decir, cuando el procedimiento haya terminado.

¹⁷⁷ SEPÚLVEDA, César: *El sistema mexicano de propiedad industrial*, México, 1955, pp. 120 y ss.

¹⁷⁸ LAMPUÉ, Pedro: *La noción de acto jurisdiccional*, traducción de Jesús Total Moreno, México, 1947, pp. 81 y ss.

¹⁷⁹ LINARES, J. Francisco: *Cosa juzgada administrativa*, Bs. As. 1946, p. 69.

El laudo, pues, resulta la obra intelectual de un tercero que, contra lo tomado en cuenta por WEILL, puede ser quien no instruyó el proceso. La mayor parte de la doctrina pasa por alto la diferencia entre el tercer árbitro y el árbitro tercero, pero ROBERT se ha empeñado en precisar que el tercer árbitro, cuya intervención prevén los artículos 1017 y siguientes del Código de procedimientos civiles francés, es el designado para poner fin a la discrepancia en que caigan los previamente designados que, obvio es apuntarlo, pueden ser en número par.¹⁸⁰

Ese tercer árbitro, a diferencia del árbitro tercero, no instruye el procedimiento y su cometido se limita a resolver el estado de discrepancia que existe entre los preconstituidos respecto al contenido del laudo. El árbitro tercero es adjunto, comparte con todos el colegio desde la iniciación del arbitraje. El tercer árbitro es designado después y no antes de la deliberación que conduce al desacuerdo. Al margen de este problema, ROBERT menciona el caso en que el tercer árbitro emita una opinión también en desacuerdo con las expuestas por los preconstituidos, lo que llevaría a la terminación del compromiso sin laudo.¹⁸¹

Antes de concluir con esta parte, es conveniente advertir que, si se ha mencionado la figura de la "litis contestatio", no es tanto porque se recuerde con BARRIOS¹⁸² que el arbitraje histórico o primitivo evolucionó hasta alcanzar esta forma en el derecho romano, pues ya la indicación de que se trata de un acuerdo a realizar ante el funcionario público y con ciertos formalismos, reduciría su campo, primero a los casos de sumisión por instancia ante los tribunales estatales para que se fije el tema y se comience el arbitraje y, después, porque es una figura histórica de acatamiento anticipado a la decisión del tercero. Se le ha referido en cuanto en el arbitraje, por su posible descendencia del antiguo contrato procesal, como dice FAIRÉN GUILLÉN,¹⁸³ se pueden apreciar todavía conexiones con la "litis contestatio", por su común denominador de acto convencional.

¹⁸⁰ ROBERT, Jean, *op. cit.*, pp. 170 y ss.

¹⁸¹ ROBERT, Jean, *op. cit.*, pp. 168 y 169.

¹⁸² BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *op. cit.*, pp. 27, 37 y 93.

¹⁸³ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, p. 198.