

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

HOMENAJE A DON RAÚL MEDINA MORA

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	DEFINICIÓN DE ‘ARBITRAJE’	1
	A. Introducción	1
	B. Definición legal.....	2
	C. Definición Doctrinal.....	3
III.	QUE NO ES ‘ARBITRAJE’	4
	A. Introducción	4
	B. Nociones vecinas	4
	1. Mediador y Conciliador.....	5
	2. Mandatario.....	5
	3. Transacción	6
	4. Experto	7
	D. Arbitraje Contractual	11
IV.	LA NATURALEZA	14
	A. La Teoría Jurisdiccional	14
	B. La Teoría Contractual.....	14
	C. La Teoría Mixta o Híbrida	15
	D. La Teoría Autónoma	16
	E. La interpretación judicial.....	16
V.	COMENTARIO SOBRE LA APLICABILIDAD PRÁCTICA DE LAS TEORÍAS EN MÉXICO	20
VI.	DESLOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE.....	29
	A. Introducción	29
	B. El Debate Académico	30
	1. Teorías de la Sede	30
	a) Territorialistas	30
	b) Selección de foro imputada	32
	c) Comentario sobre las teorías	32
	2. Localización legal.....	32

* González de Cossío Abogados, S.C. Árbitro en arbitrajes nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico (incluyendo Mercantil y Competencia Económica), Universidad Iberoamericana. Cualquier observación a este estudio es bienvenida a: fgcossio@gdca.com.mx

a)	Criterio de derecho procesal.....	32
b)	Teoría de la continuidad jurídica.....	33
c)	Criterio de la jurisdicción desplazada.....	33
3.	Deslocalización.....	33
a)	Teoría de las Deslocalización mediante contrato	33
b)	Arbitraje trasnacional	33
C.	Importancia Práctica del Debate.....	34
D.	Contenido de la Teoría.....	35
VII.	COMENTARIO FINAL.....	37

I. INTRODUCCIÓN

Mis intervenciones profesionales con Don Raúl Medina Mora no fueron muchas — pero sí ricas. Fueron suficientes para percatarme de algo: estaba ante un auténtico jurista, además de un sabio.

Aún recuerdo uno de los primeros arbitrajes en los que colaboré con el Tribunal Arbitral en donde las apreciaciones del Don Raúl no sólo eran atinadas, sino estimulantes por su profundidad y la experiencia jurídica que soslayaban.

Y aún recuerdo las palabras que, en respuesta a una pregunta que le hice, me dijo, y que me han inspirado:¹ “estudiar el derecho a fondo, como [él percibía que] yo lo hacía”. La pregunta que le hice fue: “¿recorrida la trayectoria, qué le recomienda usted a un abogado joven que tiene ganas de practicar leyes?”

No encuentro mejor manera de honrarlo en este homenaje que seguir su sugerencia tomando un tema difícil, debatido y con implicaciones conceptuales y prácticas importantes: la naturaleza jurídica del arbitraje. Para ello procederé a tratar la definición de arbitraje (§II), para luego deslindarlo de lo que no queda dentro de la misma (§III), continuando con su naturaleza (§IV), comentando la aplicabilidad práctica en México (§V), deslocalización (§VI) y concluyendo con observaciones finales (§VII).

II. DEFINICIÓN DE ‘ARBITRAJE’

A. INTRODUCCIÓN

Definir es difícil. Ya lo hacía notar Aristóteles.² Y el arbitraje lo ejemplifica. La naturaleza jurídica del arbitraje ha generado debate. No obstante que no se ha encontrado una solución que sea generalmente aceptada, empieza a percibirse una tendencia tanto en la doctrina como en la práctica arbitral sobre la teoría más aceptada, a raíz de sus consecuencia prácticas.

¹ El contexto fue una plática que Jorge Ogarrio, (quien encabezaba y mantenía intensamente activo el Comité de Jóvenes Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados), organizó donde Don Raúl Medina Mora trató el tema de ‘Experiencias de un Abogado Experimentado a Jóvenes abogados’.

² THE COMPLETE WORKS OF ARISTOTLE, Jonathan Barnes (editor), Princeton/Bollinger Series LXXI, 2.

B. DEFINICIÓN LEGAL

La ley mexicana de arbitraje³ —siguiendo la pauta de la Ley Modelo⁴—optó por no definir el tema.⁵ O, más bien, adoptó una definición que un puritano de la lógica criticaría enérgicamente⁶ y calificaría de ‘circular’.⁷ El Artículo 1416 del Código de Comercio dice:

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

La adopción de una definición circular por parte de los redactores de la Ley Modelo no fue un error sino la forma en que, a nivel de la Ley Modelo, se resolvió el problema que motiva este estudio: la dificultad de meter en un cajón conceptual a la institución arbitral. Ante ello, dado el objetivo que la Ley Modelo fuera adoptada por el mayor número de jurisdicciones posibles, se tomó un paso estratégico: evitar temas controvertidos. Este fue uno de ellos. El resultado del paso es importante: se dejó al derecho *local* la definición de lo que es y no es ‘arbitraje’.

A la fecha de este estudio no existe una decisión judicial que resuelva la interrogante: ¿cuál es la definición *mexicana* del arbitraje?

Ante ello, en este estudio se presentarán elementos que pueden ser de utilidad para cuando dicho tema se ponga bajo la mira de nuestra judicatura.

Comencemos por las definiciones doctrinales.

³ El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (que en éste estudio llamaré en forma abreviada como “la ley mexicana de arbitraje”) constituye el lugar donde se ha vertido la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (la “Ley Modelo”) que México adoptó en 1993.

⁴ Aron Broches, A COMMENTARY ON THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, pg. 38.

⁵ Dada la dificultad de uniformar esta área de la Ley Modelo, los redactores de la misma decidieron que una definición sobre la naturaleza del arbitraje no era necesaria. Sin embargo, quisieron cerciorarse que abarcara tanto arbitraje institucional como *ad hoc*.

⁶ Puesto que es un principio básico de la lógica que lo definido no puede entrar en la definición. Ver Irving M. Copi y Carl Cohen, INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA, Ed. Limusa, Noriega Editores, 1995, pg. 197.

⁷ Una definición circular es aquella en la que el término que se está definiendo (el *definiendum*) aparece en la definición (el *definiens*). El problema con dicho tipo de definiciones es que el significado del término queda claro únicamente a quienes ya lo entienden. Por ende, fracasan en su propósito: explicar el significado del *definiendum*.

C. DEFINICIÓN DOCTRINAL

Definir significa ‘delimitar’. La definición es la operación que consiste en analizar la comprensión de una idea. Disociar los elementos simples e irreductibles de los que se compone. Definir es difícil. Para ello, el método seguido será lógico: especificando el género próximo para luego separarlo de su diferencia específica.⁸ Se mencionarán los elementos esenciales de la figura contrastándolos con las figuras análogas a efecto de deslindar el concepto de ‘árbitro’.

Existen diversas definiciones académicas. Deseo adoptar aquella que, en una brillante tesis doctoral, un experto francés (Charles Jarrosson) propone:⁹ el ‘arbitraje’ es una institución¹⁰ por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos.¹¹

Dicho tercero es un árbitro.¹² Y sobre la figura del árbitro, otra (también brillante) tesis doctoral francesa, pero ahora sobre la figura del árbitro, propone el siguiente concepto: el ‘árbitro’ es un juez privado designado por aquellos quienes desean que resuelva su controversia.¹³ Otros expertos comparten la postura. Por ejemplo, Rubellin-Devichi dice que el árbitro es un juez privado

8 Siguiendo este método se obtendrá una definición ‘teórica’, que consiste en aquella que intenta formular una descripción teórica o científicamente adecuada de los objetos a los que se refiere el término. (Irving M. Copi y Carl Cohen, *LÓGICA*, Limusa, Noriega Editores, México, 1995, pg. 179.)

9 Jarrosson, id. pg. 372.

10 Jarrosson aclara que es una *Institución* y no técnica, pues el arbitraje es más que una técnica, tiene un régimen, es una entidad nominada, es una ‘institución’ en el sentido exacto del término.

11 En sus palabras: “l’arbitrage est l’institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci”.

12 En este contexto, dada la importancia del papel y su utilidad en la definición, se hacen algunas observaciones sobre el árbitro. En caso de desear abundar sobre ello y su régimen, véase González de Cossío, *EL ÁRBITRO*, Homenaje al Dr. Rodolfo Cruz Miramontes, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007; y *EL ÁRBITRO*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, 31, 2007.

13 Thomas Clay, *L’ARBITRE*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, pg. 18.

investido de una misión jurisdiccional de origen contractual.¹⁴ Por su cuenta, Motulsky dice que la misión del árbitro es la misma que la del juez.¹⁵

El que sea un ‘juez privado’ implica que la misión del árbitro y el juez son las mismas. La única diferencia es la fuente. Comparte las facultades de un juez, pero su régimen es de un prestador de servicios profesionales.

El árbitro tiene todos los poderes de un juez (*notio y jurisdictio*¹⁶), salvo el *imperium*.¹⁷ Juzga, lo cual es encontrar el argumento aceptable a todos.

Habiendo discernido qué es arbitraje (género próximo), deslindémoslo de sus nociones vecinas (identificando diferencias específicas).

III. QUE NO ES ‘ARBITRAJE’

A. INTRODUCCIÓN

La naturaleza del árbitro, como del arbitraje, ha sido objeto de debate. Las figuras a las que se asemeja son varias, y los argumentos dados en apoyo de cada una son diversos. A continuación las mencionaré brevemente.¹⁸

B. NOCIONES VECINAS

Las nociones a las que se ha asemejado la figura del árbitro son (1) mediador y conciliador, (2) mandatario, (3) la transacción y (4) experto. A continuación se analizarán.

14 J. Rubellin-Devichi, L'ARBITRAGE, NATURE JURIDIQUE, LGDJ, 1965, Jurisclasseur de procédure civile, fascicule 1005. (“*l'arbitre, juge privé, est investi d'une mission juridictionnelle d'origine contractuel*” son sus palabras exactas.)

15 Henry Motulsky, *Ecrits*, T. II, ETUDES ET NOTES SUR L'ARBITRAGE, pg. 6. (“*la mission de l'arbitre est exactement la même que celle du juge*”.)

16 La *jurisdictio* implica tanto un efecto positivo como negativo. El positivo es que su resolución tiene fuerza de cosa juzgada. El negativo es que extingue un derecho de acción.

17 Charles Jarrosson, LA NOTION D'ARBITRAGE, *Droit et de Jurisprudence*, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale, París, 1987, pg. 281.

18 En este apartado centraré el análisis en la naturaleza del árbitro, dejando para otro momento la naturaleza del arbitraje. En caso de desear abundar sobre esta última, puede consultarse la obra EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA (Ed. Porrúa, 2007) en donde se hace una análisis exhaustivo de ello, o la monografía LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE: UN EJERCICIO DE BALANCEO QUÍMICO, Revista Peruana del Arbitraje, 2007.

1. Mediador y Conciliador

Existe un álgido (y cansado, en mi opinión¹⁹) debate sobre el concepto y diferencia entre la mediación y conciliación. No será repetido en este contexto.²⁰ Para efectos de este análisis ambos serán concebidos como mecanismos de solución de controversias en los que participa un tercero-neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión sea ejecutable.

Hay quien confunde al árbitro con el mediador o conciliador. Ello deriva de que las tres figuras comparten algo (su género próximo): en todas participa un tercero extraño que, con niveles distintos de intervención, colabora para resolver la controversia de las partes. La diferencia específica reside en las facultades del tercero. Mientras que el mediador interviene para ayudar a las partes a que *ellas mismas* resuelvan su controversia y el conciliador sugiere una solución; el árbitro realiza un acto jurisdiccional: emite un fallo (el laudo) que tiene fuerza de cosa juzgada y que vincula (obliga) a las partes.

Una segunda diferencia es la participación de las partes en la solución de la controversia. Mientras que en la mediación y conciliación se trata de procedimientos de 'caucus', en un arbitraje es un procedimiento adversarial.

2. Mandatario

Hay quien postula que el árbitro es un mandatario de las partes, por lo cual el arbitraje es asimilable a un mandato. Se le encomienda la realización de un acto jurídico (resolver una controversia) cuyo efecto impactará un patrimonio distinto al suyo: el de sus mandantes.

Considero que la caracterización peca de algo importante (que es su diferencia específica): en el mandato, los mandantes no sólo pueden encomendar qué hacer al mandatario, sino cómo hacerlo. Tomando esto en cuenta considero que se está forzando la noción. Las partes no pueden decirle al árbitro cómo resolver, por lo que la caracterización parece inadecuada.

¹⁹ Pues la discusión es, en buena medida, semántica. No veo que tenga mucho contenido. Es por ello que el estudio citado en la siguiente nota y en la obra ARBITRAJE (Porrúa, 2004), adopto una postura que busca prescindir de debates formales, de nomenclatura, para entrar al fondo del asunto. Al respecto propongo que existen dos instituciones parecidas mas distintas, y su diferencia da un valor agregado diverso para resolver diferentes tipos de controversias. Es por ello que en el estudio citado hago un llamado a que se entienda la (distinta) herramienta que cada una proporciona, y a que no nos perdamos en debates sobre títulos.

²⁰ Para desear abundar sobre ello, consúltese MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE EL DESARROLLO DEL ÁREA, Revista de Investigaciones Jurídicas, No. 28, 2004, pg. 213.

3. Transacción

Algunos asimilan al arbitraje a una transacción. El motivo principal reside en que comparten algo en común: mediante ambos se obtiene a un documento que tiene fuerza de cosa juzgada.

Considero que existen tres motivos por los que la institución dista de poder abarcar al arbitraje. El primero es palpable: en la transacción no hay tercero. El segundo es un poco más sutil: mediante la transacción las partes, haciéndose recíprocas concesiones, resuelven una controversia. En el arbitraje esto no sucede. No hay recíprocas concesiones. El árbitro determinará a quien asiste el derecho, sin que por dicho motivo haya ocurrido una concesión frente a la otra parte.²¹

Tercero, el arbitraje resulta en un *acto jurisdiccional*. La transacción es un contrato. En la transacción no hay una renuncia de ejercer ante tribunales un derecho de acción. En el arbitraje sí.²²

²¹ Lo cual es un elemento *esencial* de la transacción. Existe jurisprudencia al respecto.

²² Lo que se conoce como el 'efecto negativo' del acuerdo arbitral. En forma relevante, recientemente se ha emitido una tesis que hace eco de esta teoría, conocida como la francesa. Una tesis reciente adopta esta postura: NULIDAD DE ACTOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL MERCANTIL. NO CORRESPONDE SU CONOCIMIENTO A UN TRIBUNAL JUDICIAL. **La existencia de un acuerdo de arbitraje produce para las partes efectos positivos y negativos.** Los primeros en relación con la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas. Los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la controversia o diferencia que es materia de compromiso arbitral, ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto. Existen casos en que legalmente es posible la intervención de la autoridad judicial en los procedimientos arbitrales, antes o después de la instauración del procedimiento, para ejercer el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral, al respecto el Código de Comercio establece en el título IV del libro V, denominado "Del arbitraje comercial", específicamente los siguientes supuestos: solicitud de medidas cautelares, nombramiento, recusación o remoción de árbitro, cuando opuesta la excepción de incompetencia el tribunal arbitral la desestime, desahogo de pruebas, observaciones respecto de los honorarios de los integrantes del tribunal, anulación de laudos definitivos y reconocimiento y ejecución de laudos. De ahí que si el acto cuya nulidad se pretende ante un tribunal del Estado, deriva de un procedimiento arbitral que todavía no ha concluido, es ante el propio tribunal arbitral que debe obtenerse el remedio, toda vez que la validez del acto emitido dentro del procedimiento arbitral, puede ser resuelta por quien conoce de tal procedimiento, dado que la jurisdicción arbitral está latente mientras no se resuelva la controversia de fondo. Además, la improcedencia de la acción de nulidad autónoma contra un acto dictado dentro de un procedimiento arbitral que no ha concluido, tiende a evitar dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, pues de permitir la intervención judicial para revisar cada una de las actuaciones del tribunal arbitral haría nugatoria esa forma de justicia alternativa, porque no podrían lograr el objetivo que se pretendía con dicha estipulación, consistente en evitar la tramitación de un procedimiento judicial y únicamente dejar la intervención del tribunal estatal para lo

4. Experto

Mediante un procedimiento de expertos (o el galicismo bajo el cual es más conocido: 'expertise') se busca obtener una opinión sobre una cuestión técnica, que no necesariamente es jurídica.

El arbitraje y el expertise comparten algo: un tercero (o varios) participa dando su opinión para resolver una controversia. Sin embargo, difieren tanto subjetiva como objetivamente. Objetivamente, mientras que en el arbitraje el árbitro resuelve una disputa después de realizar un acto jurisdiccional, el experto no hace más que dar una opinión sobre una cuestión técnica, de hecho. Subjetivamente, mientras que una es un experto en un área del conocimiento humano, la otra va a resolver una disputa.

En esencia, las diferencias son:²³

- a) *Sujeto*: El árbitro es un juzgador, el experto simplemente un tercero conocedor de una disciplina particular.
- b) *Facultades/Objeto*: El árbitro emite un laudo que vincula a las partes por tener fuerza de cosa juzgada, el experto emite una opinión que (en principio) no vincula a las partes.
- c) *Resultado/Producta*: El árbitro resuelve un litigio que involucra una pretensión jurídica, el experto emite una opinión sobre un hecho.

Con frecuencia las partes establecen cláusulas arbitrales 'escalonadas' y ello ha generado dudas sobre el papel y naturaleza del perito en dicho contexto.

Un 'Acuerdo Arbitral Escalonado'²⁴ es uno en el cual se contempla más de un mecanismo para resolver las controversias que puedan surgir de su relación.²⁵ La forma en que se conjuga la pluralidad de métodos es variable, no estática. En ocasiones implica que una tiene que agotarse antes de acudir a otra. En otras no pueden seguirse en forma paralela o complementaria. La necesidad de agotar previamente uno antes de acudir a otro es una determinación contractual y

expresamente regulado y en su caso, para la ejecución del laudo que resuelva la controversia. Con esas bases, se da cabal eficacia al compromiso arbitral y se facilita la realización de los procedimientos arbitrales, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias. (Amparo directo 350/2006, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Novena Época, Marzo de 2007, Tesis: I.30.C.566 C, pg. 1730.)

²³ Jarrosson, pg. 123.

²⁴ O 'Multi-Tiered Arbitration Clause' como se le conoce en inglés.

²⁵ Dyalá Jiménez Figueres, MULTI-TIERED DISPUTE RESOLUTION CLAUSES IN ICC ARBITRATION, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 14, No. 1, Spring 2003, pg. 71.

casuista.²⁶ Depende de lo que las partes hayan pactado. No es automática y no admite generalizaciones. Atiende a la arquitectura contractual.

En fechas recientes la práctica ha mostrado diversas situaciones ambiguas en las que, estando claro que existe un procedimiento de expertos no queda claro si *in natura* se trata de arbitraje o no. Ello dado las facultades que se le dan a los ‘peritos’. En ocasiones ha sucedido que se le dan facultades que se asemejan más a un acto jurisdiccional que a la emisión de una opinión técnica.²⁷ Las diferencias en las facultades que las partes pactan, aunado a la variedad de matices dentro de las mismas, han mostrado ser asombrosas. Y las posturas de diferentes expertos añade a la complejidad. Siguiendo el principio de que la naturaleza de una institución no la dicta el título que las partes le den, sino su contenido (su régimen), hay quien postula que en ocasiones dichos ‘peritos’ en verdad son ‘árbitros’, y el procedimiento no es un ‘expertise’ sino ‘arbitraje’. Pero las posturas varían, y el motivo es claro: la ausencia de una definición clara de cada una que las distinga.

Ante ello, deseo hacer eco de una teoría que puede servir para echar luz a esta polémica.

C. LA TEORÍA JARROSSON: UN MODELO PARA DISCERNIR

Como tantas cosas en la vida, las distinciones en principio tienden a ser rápidamente superadas por la realidad. Diversos casos presentan situaciones que comparten elementos con más de una de las figuras analizadas. Ante ello, ¿cómo distinguir?²⁸

²⁶ Así lo han determinado laudos arbitrales distintos (por ejemplo, arbitraje CCI 4229, laudo interino de 26 de junio de 1985; arbitraje CCI 5872, laudo interino del 25 de abril de 1988; arbitraje CCI 6276, laudo parcial de 29 de enero de 1990; arbitraje CCI 7422, laudo interino del 28 de junio de 1996; arbitraje CCI 8073, laudo final de 27 de noviembre de 1995; arbitraje CCI 8462, laudo final de 27 de enero de 1997; arbitraje CCI 9977, laudo final de 22 de junio de 1999; arbitraje CCI 9984, laudo preliminar de 7 de junio de 1999; arbitraje CCI 10256, laudo interino de 8 de diciembre de 2000), y algunos recientes aún no reportados.

²⁷ En un caso en el que participó el autor se facultaba al perito para emitir una “opinión técnica vinculatoria”. Ello fue considerado un ‘arbitraje’.

²⁸ Y no se trata de una cuestión teórica. Son muchos los casos que en la práctica este autor ha presenciado en los que se mezclan instituciones con el arbitraje (por ejemplo, cláusulas escalonadas (que contemplan negociación, seguida de conciliación, para luego pasar al arbitraje, en ocasiones contando con posibilidades de acudir a procedimientos de expertos)) o que las partes distan de ser claras sobre el método específico que desearon utilizar. Por ejemplo, la utilización de un “tercero experto que mediará entre las partes y emitirá un dictamen obligatorio” fueron las palabras de un contrato que, en una controversia en la que participé, emplearon las partes. Dicho híbrido rápidamente se convirtió en un procedimiento arbitral y formal.

Deseo hacer eco de una teoría que creo que puede ayudar a solucionar la polémica. La ‘Teoría de binomios o ecuaciones de Jarrosson’.²⁹ En la misma, dicho pensador desmenuza y contrasta los elementos relevantes de la siguiente manera:

A = Árbitro, juez privado	≠	a = Experto
B = Litigio relativo a una pretensión <i>jurídica</i>	≠	b = Problema técnico (<i>de hecho</i>)
C = Laudo obligatorio entre las partes	≠	c = Opinión vinculatoria no

Según Jarrosson, la naturaleza del pacto de las partes dependerá de la conjugación *in casu* de estos elementos. Entendamos cada componente como si fueran químicos.³⁰ Cada uno es un elemento³¹ distinto, y de su mezcla con otros tendremos compuestos³² distintos, con propiedades³³ jurídicas diversas, mismas que a continuación explicaré.

TABLA PERIÓDICA DE ELEMENTOS — ARBITRAL

²⁹ Charles Jarrosson, LA NOTION D'ARBITRAGE, Bibliotheque de Droit Privé, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1987. Si bien la teoría es desarrollada a lo largo de su (extraordinaria) obra, el núcleo de la misma puede encontrarse en las páginas 124 a 132.

³⁰ Jarrosson no lo explica así. La metáfora química es mía y busca ilustrar con más facilidad (pues su estudio es largo y complejo – además de interesante). Espero estarle haciendo justicia a Jarrosson. Pero por respeto al autor alerto al lector con la finalidad de no atribuir palabras a Jarrosson con las que posiblemente no esté de acuerdo.

³¹ En la química, un ‘elemento’ es una sustancia que no se puede separar en sustancias más simples. Comparten los mismos átomos. (Raymond Chang, QUÍMICA, Williams College, McGraw Hill, México, Séptima edición, 2002, pg. 9)

³² Un ‘compuesto’ es una sustancia formada por átomos de dos o más elementos unidos químicamente en proporciones definidas. Es un conjunto de dos o más elementos. (Chang, QUÍMICA, id. pg. 9).

³³ Las sustancias se caracterizan por sus propiedades y su composición. Una propiedad física se puede medir y observar sin que cambie la composición o identidad de la sustancia. Una propiedad química es observable mediante un cambio químico. (Chang, QUÍMICA, id. pg. 11)

Sustancia Compuesto	PROPIEDADES FÍSICAS	PROPIEDADES QUÍMICO-JURÍDICAS
ABC =	Arbitraje en su estado puro.	Existirá la obligación de acudir al arbitraje, siguiendo un procedimiento adversarial, y concluyendo con un laudo que es obligatorio a las partes y tiene fuerza de cosa juzgada.
abc =	En este caso será un <i>experto</i> el que emitirá una <i>opinión</i> sobre una cuestión de <i>hecho</i> .	Es el opuesto total al arbitraje. No necesariamente existe una obligación de acudir a ello (a menos que las partes así lo plasmen), no tiene que seguirse un procedimiento adversarial, y concluye con una <i>opinión de hecho</i> sobre un tema técnico que puede o no ser jurídico.
ABc =	En este caso será un <i>árbitro</i> el que resuelve un problema <i>jurídico</i> emitiendo una <i>opinión</i> .	Dicha opinión carece de fuerza obligatoria y no es cosa juzgada. (Es raro pero sucede.)
abC =	Un <i>experto</i> resuelve un problema <i>de hecho</i> mediante un <i>laudo</i> y siguiendo un <i>procedimiento arbitral</i> .	De nuevo, es algo raro. Tiene todos los elementos de arbitraje. El que sea una litis fáctica no cambia el efecto, aunque la diferencia más importante es en el cómo: el procedimiento no es adversarial. ³⁴
Abc =	Un tercero llamado <i>árbitro</i> por las partes es llamado a dar una <i>opinión</i> sobre una cuestión <i>de hecho</i> que no será ley entre las partes.	No se está en presencia de arbitraje. La forma en que las partes llamen al dicho tercero es irrelevante. ³⁵
aBc =	Un <i>experto</i> emite una <i>opinión</i> sobre una disputa relacionada con una pretensión <i>jurídica</i> .	No es arbitraje. No hay delegación de poderes de juzgador (facultades jurisdiccionales). No vincula a las partes.
AbC =	Un <i>árbitro</i> resuelve un problema <i>de hecho</i> mediante un <i>laudo</i> .	Esto es arbitraje. Podría denominarse 'arbitraje fáctico'. El que verse sólo sobre <i>hechos</i> (y no derecho) no muta su naturaleza. El laudo es obligatorio y tiene fuerza de cosa juzgada.

Jarrosson advierte sobre la existencia de un 'fenómeno de atracción del arbitraje': cuando algo que parece 'arbitraje' no es descalificado como tal, tenderá a

³⁴ La jurisprudencia francesa le da más importancia al carácter irrevocable y obligatorio de la decisión del tercero y el procedimiento seguido para ello, que a la denominación que las partes le han dado al tercero.

³⁵ Esto se presenció en *Compagnie d'éclairage de l'Allier v. Bouchand*, 31 de marzo de 1862. En este caso se mencionó la irrelevancia de la forma en que haya sido bautizado por las partes.

pensarse que es arbitraje.³⁶ Como política judicial, el fenómeno parece positivo. Después de todo, es más acorde con la voluntad de las partes darle plenos efectos jurídicos a una institución cuando parezca, aunque sea lacónicamente, que desearan acudir a un mecanismo alternativo.

Habiendo ‘separado los átomos’ del ‘compuesto arbitral’, identifiquemos su naturaleza, no sin antes hacer una pequeña digresión sobre una institución que ha generado confusiones: el ‘arbitraje contractual’.

D. ARBITRAJE CONTRACTUAL

Existe una institución que ha complicado la deslindación del concepto ‘arbitraje’ de otras figuras afines: el arbitraje contractual.³⁷ Esta figura es interesante pues se parece al arbitraje (como fue anteriormente definido) pero no lo es.³⁸ Para comprenderla debe uno tener una mente abierta pues no existe en derecho mexicano.

Las jurisdicciones que la contemplan son Italia (el ‘*arbitrato irrituale*’) los Países Bajos (el “*Bindend Advies*”), Alemania (el ‘*Schiedsgutachten*’) e Inglaterra (el ‘*valuation*’). Mucho podría decirse de las mismas. En este contexto me ceñiré a indicar porqué no son ‘arbitraje’.

Para discernir si dichas instituciones son ‘arbitraje’, es necesario acudir al régimen que el derecho correspondiente les otorga.³⁹ No puede hacerse genéricamente, so pena de incurrir en generalizaciones inciertas.

En Italia se distingue entre el *arbitrato rituale* y el *arbitrato irrituale* (o *libero*). Mientras que el primero es ‘arbitraje’ (según lo hemos definido), el segundo no lo es. Carece de un elemento jurisdiccional. El *arbitrato rituale* está en un plano jurisdiccional, mientras que el *irrituale* está en un plano contractual. En el primero las partes desearon que el o los árbitros realizaran una función jurisdiccional emitiendo un laudo.⁴⁰ En el segundo se les dio a las partes un

³⁶ Jarrosson, ob. cit. pg. 126.

³⁷ Bruno Oppetit fue el primero en acuñar el término ‘arbitraje contractual’, *Revue de L’Arbitrage*, 1980, pg. 93.

³⁸ Para abundar sobre esto puede consultarse: LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE: UN EJERCICIO DE BALANCEO QUÍMICO, Revista Peruana de Arbitraje, 2007, de este mismo autor.

³⁹ Aron Broches, COMMENTARY ON THE UNCITRAL MODEL LAW AN INTERNATIONAL COMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990, pg. 38 (“Broches, COMMENTARY”).

⁴⁰ Andrea Sirotti Gaudenzi, GUIDA AL DIRITTO DELL’ARBITRATO, L’arbitrato nel codice di rito e nelle leggi speciali, Il Sole 24 ORE S.p.A., 2006; Paolo Cendon, TRANSAZIONE ARBITRATO, E RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE, UTET, Wolters Kluwer Italia Giuridica S.r.L., 2006; Maurizio de Tilla, Nino Ferrelli, NUOVO ARBITRATO,

mandato para definir la disputa con un pronunciamiento encuadrable a la voluntad de un mandato.⁴¹ El *arbitrato rituale* es un proceso que conduce a un juicio; el *irrituale* es una actividad transaccional privada.⁴² Como dice un autor:

El *arbitrato irrituale* es aquella modalidad de resolución de una controversia mediante la cual las partes le han dado al árbitro (o a los árbitros) la tarea de definir en vía contractual las controversias que surjan (o puedan surgir) mediante una solución comparable a la voluntad de las partes y de darle el mismo valor contractual que si hubieran sido concluidas por estas.⁴³

El *arbitrato irrituale* puede entenderse como un instrumento a medio camino entre el proceso y el contrato.⁴⁴ Cae dentro del esquema del mandato.⁴⁵

El *bindend advies* es una ‘opinión vinculatoria’, lo cual no es más que un ‘arbitraje contractual’. Ya desde 1924 la *Hooge Raad* (Corte Suprema) aclaró que el régimen de dicha opinión es el Código Civil, el cual contempla el principio de autonomía de la voluntad. La opinión vinculatoria dada por un tercero para ello designado vincula a las partes como un contrato. No se trata de un laudo derivado de un procedimiento adversarial.

El *Schiedsgutachten* es un expertise-arbitraje. Es decir, --. Mediante el mismo, el ‘experto-árbitro’ no resuelve la controversia jurídica, sólo hacer determinaciones de hecho que vinculan a las partes.⁴⁶ La distinción entre el expertise y el arbitraje depende de la función que las partes le confíen al tercero.

Algunos procedimientos debatibles por rayar en lo fino son, por ejemplo, la adaptación de contratos (“*adaptation of contracts*” o “*supplementation*”) que

CONCILIAZIONE, E COSTITUZIONE DI CAMERE ARBITRALI, I Libri di Guida al Diritto, Il Sole 24 ORE S.p.A., 2006.

41 Cass. Civ. Sez. un., 18 settembre 1978, n. 4167, en *Omia Iuris*, Cedam, 2006.

42 Cass. civ., sez. I, 9 giugno 1983, n. 3956, en *Mass. Giur. It.*, 1983. Trib. Catania, 16 Ottobre 2001, en *Le Società*, 2002, 1, pg. 63.

43 Marinelli, LA NATURA DELL'ARBITRATO IRRITUALE, Utet, Torino, 2002, pg. 8. Sus palabras son “Arbitrato irrituale quella particolare modalità di definizione di una controversia, con la quale le parti hanno conferito all'arbitro (o agli arbitri) il compito di definire in via contrattuale le contestazioni insorte (o che possono insorgere) mediante una composizione riconducibile alla volontà delle parti e da valere come contratto concluso dalle stesse”.

44 “uno strumento a mezza strada fra il processo e il contratto” fueron las palabras exactas.

45 “arbitrato irrituale dovrebbe essere collocato entro lo schema del mandato ... mandato congiunto a transigere” (Rubino Sammartano, IL DIRITTO DELL'ARBITRATO, Cedam, Padova, 2004, pg. 79.)

46 Antoine Kassis, PROBLÈMES DE L'ARBITRAGE EN DROIT COMPARÉ ET EN DROIT INTERNATIONAL, Tome I: ARBITRAGE JURIDICTIONNEL ET ARBITRAGE CONTRACTUEL, L.G.D.J., 1987, pg. 239.

busca llenar vacíos intencionalmente dejados en los contratos por las partes. Otros casos discutibles son los procedimientos de Expertos (“*Expertise*”⁴⁷) o de Determinación de Hechos (“*Fact Finding*”⁴⁸). El motivo por el cual estos procedimientos generan duda—inclusive entre expertos—es que parecen ser un punto medio entre un procedimiento meramente contractual (puesto que involucran determinaciones fácticas—aunque sean técnicas—y no jurídicas) y un mecanismo de solución de controversias.

Como conclusión, si bien el que dichos procedimientos puedan calificar como ‘arbitraje’ o no es dependiente del derecho del Estado en particular,⁴⁹ las instituciones aludidas no son ‘arbitraje’ pues carecen de los elementos del mismo. Más bien tienen un sabor meramente contractual, pues no implican la resolución de una controversia mediante un documento final y obligatorio.

Todo lo anterior exige una pregunta que deseo responder como comentario final a esta sección: ¿en caso de que un contrato contemple expertise, arbitraje contractual o mecanismos similares que tienen un ingrediente contractual mas no jurisdiccional, cuál es el papel del árbitro (jurisdiccional) cuando dichos instrumentos contemplan pluralidad de método?

Si bien sujeto a la arquitectura contractual específica que las partes hayan pactado en el caso particular, una respuesta es que el árbitro (jurisdiccional) que se encuentre con una resolución de un experto o un árbitro contractual, su misión consistirá en analizar si, surgida la controversia, el contenido de la opinión técnica (en caso de expertise) o elemento contractual (en caso de arbitraje contractual) ha sido cumplido por las partes, y la consecuente determinación sobre su posible responsabilidad al respecto.

Dicho de otra manera, la misión de un árbitro jurisdiccional ante los resultados de un árbitro contractual o expertise es determinar el cumplimiento por las partes de las obligaciones *contractuales* que la opinión técnica (expertise) o elemento contractual (en caso de arbitraje contractual, valuación, llenado de lagunas, etc.) ha tenido lugar. Se trata de un ladrillo más del contrato que simplemente fue incluido con posterioridad por una persona distinta a las partes, siguiendo el mandato de las mismas.

Habiendo estudiado la definición de arbitraje, pasemos a su naturaleza.

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

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

49 Aron Broches, COMMENTARY ON THE UNCITRAL MODEL LAW AN INTERNATIONAL COMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1990, pg. 38 (“Broches, COMMENTARY”).

IV. LA NATURALEZA

La naturaleza jurídica del arbitraje ha generado debate. No obstante que a la fecha dicho debate no ha encontrado una solución que sea generalmente aceptada, existen cuatro teorías relevantes: la jurisdiccional, la contractual, la mixta o híbrida, y la autónoma o sui géneris. A continuación se resumirán, para luego mencionar algunos desarrollos judiciales.⁵⁰

A. LA TEORÍA JURISDICCIONAL

Esta corriente sostiene que el arbitraje tiene, en su esencia, naturaleza jurisdiccional ya que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar, y en ocasiones idéntica.

Esta concepción del arbitraje postula que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Ello dado que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal.

B. LA TEORÍA CONTRACTUAL

Esta teoría postula que el arbitraje tiene naturaleza contractual. Sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. El corazón de esta corriente de opinión consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje siendo los mismos un 'conjunto de actos contractuales privados'.⁵¹

Siendo el arbitraje un resultado de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a dicho sistema de justicia privada. Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y

⁵⁰ Este resumen es escueto. En caso de desear abundar sobre las teorías, véase González de Cossío, ARBITRAJE, Porrúa, México, D.F., 2004, pgs. 12 *et seq.*

⁵¹ Samuel, JURISDICTION OF PROBLEMS, pgs. 39-44; Bernard L'ARBITRAGE VOLONTAIRE, párrafo 473.

consideran que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes.⁵²

C. LA TEORÍA MIXTA O HÍBRIDA

Ambas teorías recibieron cuestionamientos. Los aspectos medulares de la teoría contractual (el carácter contractual del laudo arbitral y el papel de los árbitros como representantes de las partes) fueron objeto de una enérgica crítica.⁵³ De la misma manera, la postura meramente jurisdiccional parecía incompleta en varios aspectos.⁵⁴ Ante ello se realizaron intentos para conciliar las dos escuelas de pensamiento. No obstante la (aparente) total oposición de ambos puntos de vista, las teorías jurisdiccional y contractual pueden ser reconciliadas —y así surge la teoría mixta.⁵⁵

De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional pero carecen de poder judicial (estatal) alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público.⁵⁶ La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida.

La teoría mixta o híbrida ha alcanzado dominancia mundial dado que el arbitraje comercial internacional muestra elementos tanto jurisdiccionales como contractuales. De conformidad con la teoría mixta el arbitraje es un sistema de

⁵² Ver, por ejemplo, el caso estadounidense *Reily v. Russel*, 34 Mo 524,1864, pg. 528; y el caso francés *Roses v. Moller et Cie*, Corte de Casación, 27 de julio de 1937.

⁵³ Por ejemplo, puede refutarse que la concepción contractual del arbitraje es útil para iniciar el procedimiento arbitral; sin embargo, una vez comenzado, las partes tienen una autonomía de la voluntad limitada y es el tribunal arbitral quien tiene las facultades para tomar decisiones importantes en el procedimiento. No obstante estas reflexiones, la teoría contractual ha sido importante en el desarrollo del arbitraje moderno.

⁵⁴ Por ejemplo, muchos cuestionan que el arbitraje sea un simple juicio más. Tiene elementos que lo diferencian en forma importante.

⁵⁵ Esta teoría fue desarrollada por el profesor Sauser-Hall en su reporte al *Institut du Droit International* en 1952 en el cual argumentaba que el arbitraje no podía apartarse de los sistemas jurídicos, tenía que existir algún derecho que pudiera determinar la validez del sometimiento al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Reconoció que cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado y que los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes. Por consiguiente, sostenía que existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados en forma indisoluble.

⁵⁶ Como fue reconocido en un caso ante la Corte de Justicia Europea (Caso *Nordsee v. Reederei*, Sentencia del 23 de marzo de 1982) en donde se sostuvo que únicamente las cortes estatales ejercen poder estatal.

justicia privada creada contractualmente. Tanto el origen contractual como la función jurisdiccional tienen una influencia importante en el arbitraje. Un efecto importante que la teoría mixta o híbrida ha tenido es reconocer la fuerte, mas no avasalladora, relación entre el arbitraje y la sede.

D. LA TEORÍA AUTÓNOMA

La teoría de más reciente creación argumenta que el arbitraje se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, autónomo.⁵⁷ Sostiene que el carácter del arbitraje podría ser determinado tanto jurídica como prácticamente mediante la observación de su uso y finalidades. Bajo esta luz, el arbitraje no puede ser clasificado como meramente contractual o jurisdiccional, y tampoco como una ‘institución mixta’.

La teoría autónoma observa al arbitraje *per se*, lo que hace, lo que busca lograr, cómo y por qué funciona en la forma en que lo hace. Reconoce que el derecho arbitral se ha desarrollado para lograr la consecución armónica del arbitraje y de las relaciones comerciales internacionales.

La teoría autónoma es una versión refinada de la teoría mixta. Si bien reconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el foco de atención de los mismos. En lugar de darle más peso al papel que el derecho de la sede del arbitraje puede ejercer y a la autonomía de la voluntad de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan a participar en el procedimiento arbitral. El arbitraje internacional se ha desarrollado puesto que las partes han buscado un sistema flexible, no-nacional, para la solución de sus controversias comerciales. Para ello, los que utilizan el arbitraje buscan un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo, diseñado para satisfacer ciertas características del caso particular, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, los cuales son justamente lo que se desea evitar. Al optar por el arbitraje, lo que se desea es que los árbitros sean imparciales y justos, y que el laudo que eventualmente se emita sea final, obligatorio y de fácil ejecución.

E. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Existen precedentes judiciales que pueden ser citados a efecto de palpar la postura que la judicatura mexicana ha adoptado.

ARBITRAJE. El arbitraje es una convención que la ley reconoce y que, por cuanto implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, tiene una importancia procesal negativa. Ese **contrato** es el llamado de **compromiso**, y en virtud de él, **las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares**; de ese modo, se sustituye el proceso con algo que es afín a él, en su figura lógica, supuesto que

⁵⁷ Fue originalmente desarrollada en 1965 por Rubellin-Devichi, L'ARBITRAGE: NATURE JURIDIQUE, pgs. 17-18.

en uno y otro casos, se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, **el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva.** El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo, por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional, que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; de suerte que, entonces, el laudo se equipara al acto jurisdiccional. El laudo sólo puede reputarse como una obra de lógica jurídica, que es acogida por el Estado, si se realizó en las materias y formas permitidas por la ley. El laudo es como los considerandos de la sentencia, en la que el elemento lógico, no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad, con el cual el Juez formula la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia. Esa preparación lógica no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza por un órgano del Estado. **El árbitro carece de imperio, puesto que no puede examinar coactivamente testigos** ni practicar inspecciones oculares, etcétera; y sus **laudos son actos privados, puesto que provienen de particulares**, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido, a la materia lógica del laudo, la materia jurisdiccional de una sentencia. La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo; pero obrar en calidad de órgano del Estado, significa perseguir, con la propia voluntad, intereses públicos, lo que evidentemente no hacen **las partes cuando comprometen en árbitros sus cuestiones**, puesto que entonces **persiguen fines exclusivamente privados**; de modo que **las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas** y **el laudo es juicio privado** y no sentencia, y estando desprovisto, por lo mismo, del elemento jurisdiccional de un fallo judicial, no es ejecutable sino hasta que le preste su autoridad algún órgano del Estado que lo mande cumplir. El laudo y el exequiatur, deben ser considerados como complementarios, son dos aspectos de un solo acto jurídico; uno, es el elemento lógico que prepara la declaración de la voluntad de la ley que ha de aplicarse en el caso concreto, y el otro, consiste precisamente, en esa voluntad, formulada por el funcionario provisto de jurisdicción. Estas teorías han sido aceptadas por nuestra legislación, pues la ley de enjuiciamiento civil del Distrito dispone, en sus artículos 1314 y 1324, que los Jueces tienen la obligación de impartir a los árbitros, cuando así lo soliciten, el auxilio de su jurisdicción, y de ejecutar, en su caso, la decisión que aquéllos pronuncien, y el artículo 1302, coloca al árbitro en la imprescindible necesidad de ocurrir al Juez ordinario, para toda clase de apremios; pero más claramente se advierte el carácter de simples particulares que tienen los árbitros, del contexto del artículo 50. de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito, de treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiocho, que declara que **los árbitros no ejercen autoridad pública**; por tanto, desde el punto de vista de nuestra legislación, **los laudos arbitrales son actos privados que por sí mismos no constituyen una sentencia**, y el mandamiento de ejecución que libra el Juez competente, cuando es requerido para el cumplimiento de un laudo, integra, juntamente con éste, la sentencia. Por otra parte, el citado artículo 50. de la ley orgánica, al declarar que los tribunales deben prestar el apoyo de su autoridad a los laudos arbitrales,

cuando éstos estuvieren dentro de la ley, implícitamente reconoce a los tribunales la facultad de hacer un análisis del laudo, a efecto de determinar si está conforme, o no, con el ordenamiento jurídico, pero no es racional suponer que tales facultades sean absolutas, esto es, que los Jueces estén autorizados para revisar los laudos de una manera completa. Esta resolución no sería posible, porque no se advierte por los términos en que está concebido el repetido artículo 50., que el legislador haya tenido la intención de que los Jueces pudieran nulificar el juicio arbitral y a esto equivaldría la facultad otorgada a los tribunales para determinar, revisando las cuestiones de fondo, si el árbitro aplicó correctamente el derecho, en el caso sometido a su decisión. Además, para que los Jueces pudieran proceder con completo conocimiento del negocio, y dictar una resolución justa, sería necesario que el pronunciamiento estuviera precedido de un debate habido entre las partes, ante el mismo Juez, lo cual no está autorizado por nuestra ley de enjuiciamiento. El sistema generalmente adoptado, se basa en la distinción siguiente: si la violación contenida en el laudo ataca el orden público, el Juez debe rehusar el exequatur, y por el contrario, debe decretar la ejecución, si la violación perjudica solamente intereses privados, mas como surge la dificultad sobre lo que debe considerarse intereses de orden público, debe atenderse a lo mandado por el artículo 1329 del Código de Procedimientos Civiles, del que se deduce que la intención del legislador fue que cuando la sentencia arbitral no se arregle a los términos del compromiso, o cuando se niegue a las partes la audiencia, la prueba o las defensas que pretendieron hacer valer, la impugnación del laudo se haga, no cuando se trata de ejecutarlo, sino mediante la interposición de un recurso; y aun cuando en el citado precepto se habla del ya suprimido recurso de casación, de todas maneras queda en pie la voluntad de la ley, sobre que éstas infracciones no preocupen al Juez ejecutor, para el efecto de otorgar el exequatur; tanto más, cuanto que los interesados disponen de la vía del amparo para reclamar dichas violaciones; de modo que puede afirmarse que la revisión que del laudo hagan los tribunales, debe tener por objeto exclusivo, determinar si pugna con algún precepto, cuya observancia esté por encima de la voluntad de los compromitentes y que las violaciones que daban lugar a la casación, no deben ser materia de la revisión de que se trate. El laudo, una vez que se decreta su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional, y el agraviado puede entonces ocurrir a los tribunales de la Federación, en demanda de amparo, a fin de que se subsanen los vicios de que adolezca, desde el punto de vista constitucional, en la inteligencia de que el término para promover el juicio de garantías, empieza a correr desde la fecha en que se notifica legalmente la resolución que acuerde, en definitiva, la ejecución.⁵⁸

Existen otros precedentes que, si bien no tan frontales, son útiles. Por ejemplo:

ARBITROS. SU RESOLUCIÓN NO ENTRAÑA UN ACTO DE AUTORIDAD.
Es correcto el desechamiento de la demanda de garantías cuando el acto que se reclama lo constituye la resolución que dicta un árbitro designado a petición de las partes en conflicto, toda vez que su intervención no implica un acto de autoridad. Luego es claro que la determinación de un árbitro en las

⁵⁸ Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tercera Sala, Tomo XXXVIII, pg. 800. (énfasis agregado).

condiciones señaladas, implica un acto de particular que no puede ser materia del juicio de garantías; lo que se traduce en un motivo manifiesto de improcedencia de términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo primero, ambos de la Ley de Amparo.⁵⁹

En forma relacionada:

De acuerdo con la fracción I del artículo primero de la ley de Amparo, en relación con la fracción I del artículo 103 constitucional, el amparo sólo procede contra actos de autoridad que violen las garantías individuales, y aún cuando los árbitros, por disposición de ley, tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes sometan a su consideración, no obstante, ello, como estos árbitros emanan de un compromiso formado entre particulares, su función es privada y de igual modo lo es el laudo que dictan. La función jurisdiccional es una función pública del Estado, por lo que su servicio no puede ser conferido sino por el Estado mismo. De modo que si quien nombra los árbitros y determina los límites de su oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino sólo en interés privado, lógicamente se deduce que **las funciones de los árbitros no son funciones públicas**. En tal virtud **no pueden conceptuarse como autoridades del Estado, siendo improcedentes**, por lo tanto, **los amparos** que se intentan **contra la resolución que dicten, mientras no exista un mandamiento de ejecución** que libre el juez competente, cuando es requerido por los árbitros para el cumplimiento del laudo; exequátur que es indispensable para que la resolución arbitral pueda causar algún perjuicio a las partes. El laudo, una vez que se decreta su cumplimiento, se eleva a la categoría de acto jurisdiccional, y es hasta entonces cuando el agraviado deberá ocurrir en demanda de amparo, ya sea porque en su concepto se hayan cometido violaciones a los términos del compromiso o porque se hayan desatendido los requisitos esenciales del procedimiento como la falta de recepción de pruebas, de audiencia, etc., o se ataquen en el laudo dicho, disposiciones de estricto orden público.⁶⁰

Como puede verse, el ángulo de la tesis era de esperarse. No deseo abundar sobre las aristas que bajo derecho de amparo generan pues rebasa el propósito de este estudio.⁶¹ Lo que es relevante es decantar la percepción que a través de los mismos puede verse que tiene la judicatura del arbitraje. La naturaleza del laudo es de un acto privado. Es la opinión que un particular —al que las partes han

⁵⁹ Reclamación 1/91. Primer Tribunal Colegiado En Materia De Trabajo Del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VIII, Diciembre de 1991, pg. 155.

⁶⁰ Amparo Directo 2474/48, 14 de octubre de 1949 (énfasis agregado). El maestro Ignacio Burgoa (EL JUICIO DE AMPARO, Porrúa, 1987, pg. 186) menciona que este criterio ha sido constantemente reiterado en las ejecutorias que aparecen en los Tomos siguientes del Semanario Judicial de la Federación: LXXVIII, pg. 4196; LXXI, pg. 2827; CIII, pg. 2193; CIII, pg. 441; XCVI, pg. 477; CVII, pg. 280; LXXIII, pg. 7215; CII, pg. 424; CVII, pg. 1969, de la Quinta Época.

⁶¹ Para abundar sobre ello véase EL ÁRBITRO, ¿AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EFECTOS DEL AMPARO?, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, No 29, 2005, pg. 605.

confiado la resolución de una diferencia dadas sus características personales (morales e intelectuales)— tiene sobre a quién asiste el derecho en una determinada controversia. Al tratarse de un acto de un gobernado, no existe el prerequisite elemental para estar en presencia de una autoridad. Existe jurisprudencia al respecto.⁶²

Para concluir, deseo citar algunas observaciones realizadas durante deliberaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un caso reciente y sonado. El Ministro José Ramón Cossío, con su habitual tino, dijo:⁶³

lo que debe resolver esta Suprema Corte de Justicia ... es si la resolución que pone fin a un incidente de nulidad de laudo arbitral tiene o no el carácter de sentencia definitiva para efectos del amparo;

En mi opinión ... lo que procede es el amparo directo, y no el indirecto ... la resolución que pone fin a un incidente de nulidad del laudo arbitral sí constituye una sentencia definitiva para efectos del amparo; ...

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

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

México necesita de más juristas con esta claridad conceptual.

V. COMENTARIO SOBRE LA APLICABILIDAD PRÁCTICA DE LAS TEORÍAS EN MÉXICO

Si bien las diferencias de opinión sobre la conveniencia de cuál postura adoptar son, no sólo admisibles, sino bienvenidas, debo mencionar que, de las posturas soslayadas, la que menos aceptación tiene es la jurisdiccional. Se considera que

⁶² Dicha jurisprudencia sostiene que: ACTOS DE PARTICULARES. IMPROCEDENCIA. No pueden ser objeto de juicio de garantías, los actos de particulares, ya que éste se ha instituido para combatir los de las autoridades, que se estimen violatorios de la Constitución. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo VI, Materia Común, pg. 12, que corresponde a la tesis contenida en el Tomo CXVIII, Materia General, Apéndice 1975, y la Tesis 14 del Apéndice 1985.)

⁶³ Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 30 de enero de 2007, amparo directo en revisión 1225/2006.

es la más superada, además de los argumentos brindados por las demás, por dos verdades importantes: (1) al acudir al arbitraje, las partes buscaron salirse de la judicatura para resolver su controversia; y (2) puesto que lleva a resultados negativos cuando en presencia de ciertos problemas procesales arbitrales.⁶⁴

Adoptar una postura jurisdiccional de arbitraje invita soluciones que con facilidad pueden resultar en justamente lo que se deseó evitar: acabar en tribunales. Por lo anterior, cualquiera que sea la postura del lector, invito a que se considere esta situación al aquilatar su preferencia por la teoría que se considera es más acorde con la institución arbitral.

Existe una hebra de la teoría autónoma que deseo tomar para tejer una explicación sobre su impacto práctico, particularmente en el caso de México. A los ojos de quienes postulan una visión realmente internacional del arbitraje (a la que me uno), los criterios y peculiaridades legales y procesales nacionales⁶⁵ deben tener poca relevancia, por no decir que deben ser eliminados. Ello obedece, no a un deseo de denostar lo nacional,⁶⁶ sino a la convicción de que en un medio pluricultural —como los son las relaciones jurídicas y comerciales internacionales— querer forzar nociones *nacionales* tendría como resultado, en el mejor de los casos, problemas; y en el peor, la inexistencia de lazos que rebasen una jurisdicción. Si esto sucede, todos perdemos. Desde las épocas de David Ricardo se ha aceptado que el comercio es benéfico para todos quienes lo conllevan.⁶⁷ Esta verdad, tan frecuentemente pasada por alto por nacionalistas,⁶⁸ es tan evidente que puede calificarse de axioma. Y para probarlo

⁶⁴ Por ejemplo, el (ahora candente) tema de las demandas anti-arbitraje, conocidas en la jerga arbitral como ‘anti-suit injunctions’, y que se refieren a ordenes emitidas por tribunales nacionales en las que se ordena al tribunal arbitral dejar de conocer de la controversia o a las partes a dejar de continuar con el procedimiento arbitral. Otro tema es la ejecutabilidad de laudos anulados. No abundaré sobre estos por rebasar el propósito de este estudio.

⁶⁵ Por ‘criterios y peculiaridades legales y procesales nacionales’ me refiero a cualquier norma (substantiva o adjetiva) o práctica que no encuentre cabida en los procedimientos de solución de controversias distintos al litigio. Ello sin importar lo arraigada de la misma, o la importancia del bien jurídico tutelado. La única excepción a esta última aseveración es el orden público internacional; pero me refiero al *verdadero* orden público *internacional*, no a disposiciones nacionales que no admiten pacto en contrario (imperativas). Correctamente entendido, el orden público (como causal de nulidad o no-reconocimiento contemplada en los artículos 1457.II y 1462.II del Código de Comercio) no incluye a dichos dispositivos. Se refiere a situaciones más serias. (Al respecto, véase, González de Cossío, *ARBITRAJE*, pgs. 429 *et seq.*)

⁶⁶ A lo cual se le debe respeto, pero que debe aplicarse cuando es aplicable: a lo local.

⁶⁷ David Ricardo sostenía que, si bien el comercio internacional beneficia a todos los que lo realizan, es especialmente benéfico para los países pobres; y los beneficios deben verse desde la perspectiva del consumidor. Esta es la aportación más importante del pensamiento económico del autor más representativo de la Escuela Clásica inglesa.

⁶⁸ Ya decía Albert Camus “Quiero a mi país demasiado como para ser nacionalista”. En forma relacionada, Albert Einstein calificaba al nacionalismo como el sarampión de la humanidad. Me uno firmemente a esta convicción.

tan sólo invito al lector a que considere: si no fuera así, ¿porqué incurren *voluntariamente* en el mismo agentes económicos? ¿Nadie los obliga? Si algo nos enseñan los paradigmas más aceptados es que el comercio internacional ocurre simple y sencillamente por que todos estamos mejor si, quienes tienen una ventaja competitiva en algo, se especializan en ello.⁶⁹

Y el arbitraje apoya el comercio internacional. Pero para que funcione, y para que una jurisdicción no se convierta en la oveja negra del rebaño internacional, es importante que tanto la legislación⁷⁰ como judicatura no imponga *sus* concepciones locales a las relaciones mercantiles internacionales. Las concepciones locales tienen una razón de ser *local*, no *internacional*. La aldea global⁷¹ tiene un *modus operandi* distinto. Y debe respetarse. Así lo han hecho judicaturas avanzadas de otras jurisdicciones.

Existen ejemplos extraordinarios de ello. Las decisiones *Mitsubishi*⁷² y *Scherk*⁷³ de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos encabezan la lista. En el primer caso, dicho tribunal sostuvo, en resumen, que, no obstante que las controversias sobre competencia económica no podían ser arbitradas, cuando tengan un elemento internacional, sí podrán sujetarse al arbitraje. El motivo por el cual se establece una dicotomía de arbitrabilidad nacional *versus* internacional está plasmado en un pasaje que vale la pena transcribir:

los intereses de la cortesía internacional, el respeto por las habilidades de los tribunales extranjeros e internacionales y la delicadeza del sistema comercial internacional en propiciar predictibilidad en la resolución de controversias requiere que ejecutemos el acuerdo de las partes, aun suponiendo que se hubiera llegado a un resultado contrario en un contexto local.⁷⁴

⁶⁹ Léase, el volumen de abasto y calidad es superior mientras que el precio es inferior.

⁷⁰ México ya ha cumplido este requisito al adoptar como legislación interna a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, y al haber ratificado la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá. Es de esperarse que continúe cumpliendo con ello adoptando otros instrumentos pendientes, como lo son el Convenio de Washington y más recientemente la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Conciliación y las modificaciones a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje.

⁷¹ Pido disculpa por el sustantivo social de moda, que es una traducción de uno aún más de moda: “Global village”. El motivo por el que lo utilizo es que tiene un aspecto positivo: proporciona una noción más internacionalista, y menos endocentrista, de la comunidad internacional.

⁷² *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (473 U.S. 614, S.Ct. 3346 (1985)).

⁷³ *Scherk v. Alberto-Culver Co.* (417 U.S. 506), 1974.

⁷⁴ El texto original dice: “*concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties’s agreement, even assuming that a contrary result World be forthcoming in a domestic context.*”.

En otro párrafo, la Corte dijo que:

Para que las instituciones arbitrales internacionales puedan jugar un papel central en el sistema legal internacional, los tribunales nacionales deben deshacerse de su vieja hostilidad hacia el arbitraje así como su habitual y entendible renuencia a ceder competencia sobre una controversia que surja bajo derecho local a un tribunal extranjero o transnacional. Para dicho efecto, será necesario que los tribunales nacionales subordinen las nociones locales de arbitrabilidad a la política internacional que favorece el arbitraje comercial.⁷⁵

En *Scherk*, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, en un pasaje que debería ser labrado en piedra, consideró que:

Una negativa nacionalista⁷⁶ por las cortes de un país a ejecutar un acuerdo arbitral no solo frustraría estos^[77] propósitos, sino que invitarían medidas inimaginables y autodestructivas por las partes para asegurarse ventajas tácticas en litigio ... la peligrosa atmósfera que dicha tierra de nadie legal procuraría con toda probabilidad dañaría el comercio internacional y pondría en peligro el deseo y la habilidad de los hombres de negocios de celebrar acuerdos comerciales internacionales.⁷⁸

El razonamiento y la actitud judicial deben ser emulados.

Y en cierta medida, ello ya está teniendo lugar. Existen instancias en las que tribunales nacionales han tomado decisiones plausibles al respecto. Por ejemplo, en fechas recientes la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la constitucionalidad del artículo 1435 del Código de Comercio.⁷⁹ La decisión ha

⁷⁵ El texto original dice: “*If [international arbitral institutions] are to take a central place in the international legal order, national courts will need to “shake off the old judicial hostility to arbitration,” and also their customary and understandable unwillingness to cede jurisdiction of a claim arising under domestic law to a foreign or transnational tribunal. To this extent, at least, it will be necessary for national courts to subordinate domestic notions of arbitrability to the international policy favoring commercial arbitration.*”.

⁷⁶ Utilizo el término ‘nacionalista’ para traducir ‘*parochial*’ puesto que la voz “parroquial” tiene en castellano la acepción exclusiva de “perteneciente a una parroquia”. En inglés ‘*parochial*’ significa, además, local o nacional.

⁷⁷ El contexto hacía alusión a la necesidad de procurar orden y predecibilidad por ser esenciales para las operaciones comerciales internacionales.

⁷⁸ El texto de la sentencia dice: “*A parochial refusal by the courts of one country to enforce an international arbitration agreement would not only frustrate these purposes, but would invite unseemly and mutually destructive jockeying by the parties to secure tactical litigation advantages. ... the dicey atmosphere of such legal no-man’s-land would surely damage the fabric of international commerce and trade, and imperil the willingness and ability of businessmen to enter into international commercial agreements.*”.

⁷⁹ Amparo en Revisión 759/2003. Para un análisis exhaustivo sobre esta importante decisión, ver el estudio del Dr. José Luis Siqueiros, LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS NO SON OMNÍMODAS, NI INCONSTITUCIONALES, PAUTA, 2004.

tenido eco internacional y le ha ganado (o, más bien, reiterado) a México el calificativo de una buena jurisdicción arbitral. También ha sostenido que el arbitraje no viola el artículo 13 de la Constitución⁸⁰ y que no existe litisconsorcio entre procedimientos arbitrales y judiciales.⁸¹

Otro tema importante es la posibilidad de que el árbitro sea considerado como autoridad responsable para efectos del Juicio de Amparo. La contundente

80 ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si se parte de la base que el juicio arbitral es aquel que se tramita ante personas o instituciones que no son Jueces del Estado, o que siéndolo, no actúan como tales, sino como personas de derecho privado, es inexacto que los preceptos reclamados, al establecer la posibilidad de que los particulares sujeten sus controversias al arbitraje comercial, otorguen a los tribunales arbitrales la calidad de tribunales especiales, pues quienes emiten dichos laudos son personas o instituciones designadas para resolver controversias entre particulares, ya sea como amigables componedores o en conciencia, sólo si las partes las han autorizado expresamente para hacerlo en términos del artículo 1445, párrafo tercero, del citado código. Estos laudos deben ser reconocidos u homologados por los órganos jurisdiccionales correspondientes, a fin de que adquieran la fuerza jurídica necesaria para su completa obligatoriedad, y a efectos de su ejecución de conformidad con los artículos 1461 a 1463 del ordenamiento mencionado. De ahí que el arbitraje comercial regulado en el Código de Comercio no contraviene el artículo 13 de la Constitución, que como garantía de igualdad, en el aspecto jurisdiccional, prohíbe los tribunales especiales. (Amparo en revisión 237/2004, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Novena Época Instancia, Enero de 2005, Tesis 1a. CLXXVI/2004, pg. 411 Materia: Constitucional, Civil.)

81 LITISPENDENCIA. NO PUEDE HACERSE VALER DICHA EXCEPCION SI EXISTE, POR UNA PARTE, LA TRAMITACION DE UN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL Y, POR LA OTRA, UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL. De la interpretación del artículo 1123 del Código de Comercio, se advierte que es claro al señalar que dicha excepción únicamente procede cuando un Juez ya conoce de un juicio, en donde existe igualdad entre partes, acciones deducidas y cosas reclamadas, supuesto normativo que no se actualiza cuando la controversia surge entre un Juez y un árbitro. Se afirma lo anterior, porque un árbitro no es funcionario del Estado, puesto que sus facultades derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley y, aunque la sentencia o laudo arbitral no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva, ya que sólo adquiere ese carácter por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional que, sin quitar su naturaleza privada, asume su contenido; consecuentemente, las resoluciones de un árbitro carecen de imperio, dado que sus laudos son actos privados al provenir de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido, a la materia lógica del laudo la materia jurisdiccional de una sentencia, de ahí que resulte manifiesto que la función jurisdiccional compete al Estado y sólo puede ser conferida a los órganos de éste; en tales condiciones, si, por una parte existe la tramitación de un juicio ejecutivo mercantil y, por la otra, un procedimiento arbitral, no puede hacerse valer en el juicio ejecutivo la excepción de litispendencia, dado que ésta procede sólo cuando un Juez conoce ya del mismo negocio, supuesto que no se actualiza en la especie, porque el árbitro no es Juez ni autoridad judicial pues, como se ha dejado anotado, no es funcionario del Estado, y las facultades que ejerce derivan de la voluntad de las partes. (Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Segundo Circuito, Amparo en revisión 255/2005, Duroplast Ramos Arizpe, S.A. de C.V., 17 de enero de 2006, Unanimidad de votos, Tesis II.4º.C.25C, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Marzo de 2006, pg. 2038.)

mayoría de la doctrina, práctica y judicatura se inclina a considerar que no lo es —y que no lo debe ser!⁸² La tendencia debe ser elevada a jurisprudencia.

Sin embargo, no todo merece aplauso. Existen instancias en las que tanto la judicatura como los practicantes han soslayado conducta que deja mucho que desear.

En relación con los practicantes, no es raro observar que ciertas tácticas son seguidas que distan de cumplir con su deber de arbitrar de buena fe —el cual la jurisprudencia arbitral ha sostenido que es parte del contenido obligacional de la inclusión de un acuerdo arbitral en un contrato.⁸³

Por su cuenta, la judicatura también ha incurrido en sus tropiezos: la decisión sobre *Competence-Compétence*⁸⁴ es incorrecta⁸⁵ y aquella que versó

⁸² Ver, al respecto, Francisco González de Cossío, EL ÁRBITRO, ¿AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EL JUICIO DE AMPARO?, estudio realizado para el Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, “En busca de la Teoría Constitucional a partir de las Resoluciones del Poder Judicial Federal”, 2005.

⁸³ Ver al respecto, González de Cossío, ARBITRAJE, pgs. 144 *et seq.*

⁸⁴ ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL. La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.

(Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006. Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza.)

sobre el tipo de amparo que procede en contra de la sentencia derivada de procedimientos de nulidad o ejecución del laudo es incierta en lo técnico, aunque dio oxígeno a un caso mal decidido. A su vez en ocasiones —afortunadamente siguen siendo excepcionales— se observa que órganos judiciales toman pasos que pasan por alto su (cooptado) régimen de facultades en cuanto al arbitraje se refiere.⁸⁶ Dichas instancias pasan por alto una doble verdad que debe tenerse en mente: (1) las facultades de juzgadores mexicanos en materia arbitral son excepcionales⁸⁷ y (por ende) de interpretación estricta; y (2) las que existen, están diseñadas/orientadas a apoyar al arbitraje, no a entorpecer el mismo.

Es de esperarse que la tendencia positiva continúe y que los errores se reevalúen. Ello daría efectividad al arbitraje — y ello es importante. El arbitraje es un instrumento que ha mostrado tener una utilidad para resolver crisis sociales serías. Los ejemplos abundan. Enunciaré algunos:⁸⁸

1. Las Comisiones de Reclamaciones establecidas después de la revolución mexicana en los años 1923 y 1934 con Estados Unidos,⁸⁹ Alemania,⁹⁰

⁸⁵ Para una crítica de esta tesis véase González de Cossío, *El Principio Compétence-Compétence Revisitado*, JURIDICA, 2006 y *Kompetenz Kompetenz a la Mexicana: Crónica de una Muerte Anunciada*.

⁸⁶ Son *únicamente* siete las instancias en las que un juez mexicano puede inmiscuirse en un procedimiento arbitral son: (1) ejecución del acuerdo arbitral y remisión al arbitraje (artículo 1424 del Código de Comercio); (2) constitución del tribunal arbitral (artículos 1427, 1429 y 1430 del Código de Comercio); (3) medidas precautorias (artículo 1425 del Código de Comercio); (4) revisión de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia (artículo 1438 del Código de Comercio); (5) desahogo de pruebas (artículo 1444 del Código de Comercio); y (6) nulidad del laudo arbitral (artículo 1457 del Código de Comercio) y (7) reconocimiento/ejecución del laudo arbitral (artículos 1461 a 1463 del Código de Comercio).

⁸⁷ Artículo 1421 del Código de Comercio.

⁸⁸ Sin contar los intentos fallidos por motivos políticos. Uno me viene a la mente. William Randal Cremer, quien fuera el primer trabajador de “cuello-azul” en ganarse una silla en la *British House of Commons* y quien en 1903 ganó el Premio Nobel de Paz, durante toda su vida fue un campeón de la idea del arbitraje internacional, y en 1887 persuadió a 234 miembros del Parlamento a firmar una resolución dirigida al Presidente de los Estados Unidos de América solicitando que los dos países firmaran un tratado en el cual se contemplara que todas las controversias futuras entre Londres y Washington fueran resueltas mediante arbitraje internacional. Desafortunadamente, el Senado de Estados Unidos de América (un órgano reconocido por su poco respeto por el Estado de Derecho internacional) rechazó dicho tratado Anglo-Americano (*Anglo-American Treaty for Arbitration*). (Mark Kurlanski, *NONVIOLENCE, Twenty-Five Lessons from the History of a Dangerous Idea*, A Modern Library Chronicles Book, the Modern Library, New York, 2006, pgs. 114 y 116.)

⁸⁹ México y Estados Unidos establecieron una Comisión General de Reclamaciones mediante la Convención General de Reclamaciones (*General Claims Conventions*) firmada en Washington el 8 de septiembre de 1923. A su vez, existió una Comisión Especial de Reclamaciones creada mediante una Convención Especial de Reclamaciones

- España,⁹¹ Inglaterra,⁹² Italia,⁹³ Bélgica⁹⁴ y Francia;⁹⁵ de las cuales la más importante fue la Comisión con Estados Unidos.
2. La crisis de rehenes Irán-Estados Unidos que dio como lugar la creación de un tribunal arbitral en los Países Bajos que conoció de las reclamaciones de inversionistas en Irán.⁹⁶
 3. La Comisión de Reclamaciones de las Naciones Unidas establecida para compensar a las víctimas de la ilícita ocupación de Kuwait por Irak.⁹⁷
 4. El *Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland* creado para ventilar las reclamaciones sobre titularidad de las ‘cuentas durmientes’ en Suiza por los herederos de las víctimas del Holocausto que hayan depositado dinero y otros valores en bancos suizos, mismo que puso fin a un problema que tomó más de medio siglo resolver.

- (*Special Claims Conventions*) firmada en la Ciudad de México el 10 de septiembre de 1923.
- 90 La Convención de Reclamaciones México-Alemania fue aceptada en términos substancialmente parecidos a la de México-Estados Unidos aunque con ciertas diferencias importantes. Fue firmada en la Ciudad de México el 16 de marzo de 1925.
 - 91 Convención de Reclamaciones México-España, firmada en la Ciudad de México el 25 de noviembre de 1925.
 - 92 Convención de Reclamaciones entre México y el Reino Unido, firmada el 10 de septiembre de 1926.
 - 93 Convención de Reclamaciones entre México e Italia, firmada en la Ciudad de México el 13 de enero de 1927.
 - 94 Acuerdo del 14 de mayo de 1927 por el que se estableció un “Tribunal Arbitral Administrativo” que consistiría de dos miembros que en caso de desacuerdo llamarían a un tercero (*umpire*).
 - 95 Comisión Especial creada por la *Special Claims Convention* entre Estados Unidos y México del 21 de marzo de 1924.
 - 96 *Iran-U.S. Claims Tribunal*, establecido por los Acuerdos de Algeria (“Algiers Accords”) de 1981 al tenor de los cuales Irán liberó a los rehenes de Estados Unidos a cambio de la liberación de activos de Irán por parte de Estados Unidos y el desechamiento de procedimientos seguidos en dicho país como resultado de la invasión de manifestantes de la Embajada de Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979.
 - 97 *United Nations Claims Commission* (“UNCC”). Podría cuestionarse si se trata de ‘arbitraje’ pues la UNCC es un órgano administrativo que decide no hace determinaciones sobre responsabilidad (misma que está dada — la Resolución 687 del Consejo de Seguridad hizo responsable a Irak bajo derecho internacional por la ocupación ilícita de Kuwait), su misión es compensar a las víctimas de la invasión de Kuwait por Irak por los daños sufridos. La UNCC ventiló y resolvió 900,000 reclamaciones individuales por salidas forzadas, 6,000 reclamaciones individuales por daños personales o muerte; 1.7 millones de reclamaciones individuales de hasta US\$100,000 y casi 11,000 reclamaciones individuales que excedían US\$1,000,000. (Dado que he hecho alusión al cuestionamiento sobre la naturaleza, me pronunciaré: sí se trata de arbitraje. El que su misión (y litis) sea limitada no muda su naturaleza.)

5. Las comisiones *ad hoc* establecidas entre la República de Etiopía y el Estado de Eritrea para poner fin a la disputa territorial entre dichos países y para arbitrar las reclamaciones que resultaron de las violaciones al derecho internacional humanitario.⁹⁸
6. El arbitraje de inversión — que despolitiza controversias entre inversionistas extranjeros y Estados anfitriones de inversiones, mismas que históricamente han llegado a dar lugar a incidentes bélicos.⁹⁹
7. El arbitraje deportivo, que ha servido como foro para dirimir eficientemente controversias entre deportistas.¹⁰⁰
8. El arbitraje de comercio internacional, gracias al cual en la actualidad se ha procurado un Estado de Derecho del comercio internacional nunca antes presenciado.¹⁰¹
9. La Comisión de Bosnia y Herzegovina¹⁰² establecida mediante el *Dayton Peace Agreement* que puso fin a la Guerra de los Balcanes entre Bosnia y Herzegovina y que busca ventilar y resolver las reclamaciones por bienes inmuebles cuya enajenación no fue voluntaria.¹⁰³
10. Es probable que se generen comisiones que ventilen y resuelvan reclamaciones derivadas de los conflictos humanitarios en Rwanda, Sierra Leone y Congo.
11. Importantes obras de infraestructura, dentro de las cuales resalta por su importancia las disputas derivadas del Túnel entre Francia y Reino Unido,¹⁰⁴ mismas que fueron ventiladas mediante arbitraje ante la Corte

⁹⁸ Acuerdo de Amistad (*Peace Agreement*) del 12 de diciembre de 2000.

⁹⁹ Por ejemplo, la práctica del *Gunboat Diplomacy*. A su vez, el derrocamiento del Gobierno de Mossadegh en Irán y de Allende en Chile fueron instancias evidentes de uso de la fuerza en relación con esta materia.

¹⁰⁰ Para abundar ver González de Cossío, *ARBITRAJE DEPORTIVO*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2006.

¹⁰¹ Podría cuestionarse la importancia de esta disciplina. Es enorme. El bienestar del consumidor mundial nunca ha sido mejor gracias a la Organización Mundial de Comercio. Por si fuera poco, hay quien postula un nexo entre las políticas proteccionistas de principios del Siglo XX y los sentimientos sociales que dieron lugar a la Primera y Segunda Guerra Mundial.

¹⁰² *Commission for Real Property Claims and Displaced Persons and Refugees from Bosnia and Herzegovina*.

¹⁰³ Durante el periodo de guerra existieron un sinnúmero de ‘transacciones’ mediante violencia o lesión (*duress*), sin que existiera documentación confiable sobre la misma.

¹⁰⁴ *In the matter of an Arbitration before a Tribunal constituted in accordance with Article 19 of the Treaty between the French Republic and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, concerning the Construction and Operation by Private Concessionaires of a Channel fixed link signed at Canterbury on 12 February 1986*, entre, por un lado (como demandantes) The Channel Tunnel Group Limited y France-

Permanente de Arbitraje de La Haya. El Tribunal Arbitral la calificó como la obra financiada en forma privada más grande de la historia.¹⁰⁵

Ante la clara utilidad para resolver problemas sociales serios, es de esperarse que la judicatura apoye la institución. Sería una lástima que un instrumento tan útil fuera tornado inefectivo por mal derecho proveniente de la judicatura. Convertiría a México en una paria legal.

En el contexto del papel que el arbitraje ha jugado en el derecho internacional privado, un tema que se torna relevante, el cual ahora analizaré: la teoría de la deslocalización.

VI. DESLOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

A. INTRODUCCIÓN

Un tema recurrente en el desarrollo del arbitraje ha sido lo que la doctrina ha denominado el ‘arbitraje deslocalizado’,¹⁰⁶ ‘a-nacional’ o ‘transnacional’. La teoría postula que el arbitraje, como mecanismo idóneo para resolver los problemas suscitados por las relaciones jurídicas transnacionales, debería estar regulado por normas transnacionales que no se vieran afectadas por normas aplicables a procedimientos locales.

En un mundo en donde las fronteras importan cada vez menos, las mismas (y la divergencia regulatoria que generan) no deberían incidir en el mecanismo que busca resolver controversias derivadas de relaciones transnacionales. La deslocalización es un resultado de la internacionalización, y surge de la idea que partes de diferentes países, con la finalidad de alcanzar neutralidad, desean evitar en la mayor medida posible la intervención de sus respectivas cortes estatales y la aplicación de las leyes de sus respectivos países.¹⁰⁷

Lo anterior implica que la ‘sede’ o ‘lugar de un arbitraje’ debe carecer de impacto en la consecución de un procedimiento arbitral. Es decir, la sede del

Manche, S.A., y, como demandados, The Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland y Le Ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du Territoire, du Tourisme et de la Mer du Gouvernement de la République Française. Laudo Parcial del 30 de enero de 2007.

¹⁰⁵ En palabras del Tribunal: “[the] ... largest privately-financed infrastructure project in history... financed without recourse to government funds or to government guarantees of a commercial or a financial nature ”. (Párrafo 55 del Laudo Parcial del 30 de enero de 2007).

¹⁰⁶ He utilizado el término “deslocalización” como traducción del término “*delocalization*” en inglés.

¹⁰⁷ Pierre Mayer, THE TREND TOWARDS DELOCALIZATION IN THE LAST 100 YEARS, EN INTERNATIONALISATION OF INTERNATIONAL ARBITRATION, The LCIA Centenary Conference, Graham & Trotman/Nijhoff, 1993, pg. 37.

arbitraje sería irrelevante en la regulación del procedimiento arbitral. Sin embargo, por motivos que se abordarán con contadas excepciones, el objetivo no ha sido totalmente logrado.

B. EL DEBATE ACADÉMICO

Durante el último siglo ha existido un debate intelectual sobre cuál derecho, de existir, debe darle el efecto vinculatorio y eficacia al arbitraje y por ende su eficacia: el derecho arbitral o *lex arbitrii*.

A continuación resumiré dicho debate. Una advertencia preliminar es relevante. El mismo es de conocerse no por un deseo de profundizar en abstracciones, sino por que tiene implicaciones prácticas importantes, particularmente para países que están en vías de definirse sobre estos temas, como es el caso de México y otros países en América Latina.

Existen dos escuelas principales que han moldeado los derechos arbitrales: la de localización y la de deslocalización.¹⁰⁸

En términos generales la corriente de pensamiento de la localización postula que un procedimiento arbitral tiene que tener *alguna* ubicación que sirva de nexo para regular y darle eficacia al mismo. La deslocalización considera que el arbitraje no necesariamente está anclado en un orden jurídico particular. Su trasfondo psicológico es que no existe necesidad alguna de respetar normas imperativas de cualquier derecho nacional. Busca dos objetivos: primero, sacar de la ecuación al derecho nacional y las decisiones nacionalistas. Segundo, crear un corpus legal arbitral internacional.

Comentaré ahora las escuelas no por su género sino por su especie.

1. Teorías de la Sede

a) Territorialistas

Las teorías de la sede ponen énfasis (excesivo para algunos) en la conexión territorial entre un arbitraje internacional y el Estado de la sede del procedimiento. Aseveran que el soberano local tiene que tener competencia para regular todas las actividades que tengan lugar dentro de su ámbito, y ello incluye al arbitraje.¹⁰⁹ Un precursor que ejemplifica este corriente es Francis Mann, quien postulaba:¹¹⁰

¹⁰⁸ Giorgios Petrochilos, PROCEDURAL LAW IN INTERNACIONAL ARBITRATION, Oxford, 2004, pg. 21.

¹⁰⁹ Mann, 2 Arb Int., pg. 246, 1986.

¹¹⁰ Dicey & Morris, 2000, Rule 17, Restatement (Second) of Conflict of laws, s 122; ALI Transnational Rules of Procedure (Discussion Draft, 199), Rule 6. Sus palabras son

Arbitraje internacional es un error de nomenclatura pues todo arbitraje está 'sujeto a un sistema específico de derecho nacional'.

A los ojos de estos expertos, existe un sistema jurídico local que se impone irrespectivamente de la voluntad de las partes. Esta es la 'lex loci arbitri'. En sus palabras:¹¹¹

Todo derecho o facultad de la que goza una persona privada está necesariamente conferida por, o derivada de, un sistema de derecho local que por conveniencia y tradición se llama *lex fori*, aunque sería más exacto (pero menos familiar) aludir como *lex arbitri* o, su francés, *loi d'arbitrage*.

En forma relacionada, Niboyet razonaba que:

El árbitro imparte justicia, y la impartición de justicia es siempre una emanación del soberano local. Cada país decide bajo qué condiciones la justicia arbitral puede ser impartida en su territorio y elimina así la competencia de sus tribunales. Por ende, los árbitros imparten justicia por delegación del soberano territorial.¹¹²

Expertos contemporáneos critican esta idea haciendo ver que el vínculo territorial se torna en una ficción.¹¹³ Los procedimientos arbitrales no tienen que tener un único lugar físico. La sede *per se* no genera una conexión significativa. Recalcan que la dinámica de la realidad rápidamente supera esta noción. El territorialismo es simplemente inapropiado para una actividad que es inherentemente móvil. Citando un caso paradigmático:¹¹⁴

El tribunal arbitral no le debe una sumisión previa a las normas de un Estado particular; por ende, no tiene una obligación directa de vindicar los dictados de su derecho escrito. El tribunal ... está obligado a proteger los intereses de las partes...

"International arbitration is a misnomer, because every arbitration is 'subject to a specific system of national law'".

¹¹¹ "Every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derived from a system of municipal law which may conveniently and in accordance with tradition be called the *lex fori*, though it would be more exact (but also less familiar) to speak of the *lex arbitri* or, in French, the *loi de l'arbitrage*."

¹¹² *Traité VI*, 1949, 135. ("l'arbitre rend la justice; or rendre la justice est toujours une émanation de la souveraineté locale. Chaque pays décide à quelles conditions la justice arbitrale peut être rendue sur son territoire et faire échec à la compétence de ces tribunaux. Les arbitres rendent alors la justice par délégation du souverain territorial...")

¹¹³ Petrochilos, pg. 24.

¹¹⁴ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 US 614, 636 (1985). "The international arbitral tribunal owes no *prior* allegiance to the legal norms of particular state; hence, it has not *direct* obligation to vindicate their statutory dictates. The tribunal ... is bound to effectuate the interests of the parties..."

b) *Selección de foro imputada*

En 1957 el *Institut du Droit International* adoptó la resolución “Arbitration in Private International Law” que, aunque ha tenido un impacto limitado en las legislaciones nacionales o práctica arbitral, merece ser comentada.

Dicho instrumento tomó como base el razonamiento de Profesor Sauser-Hall quien utilizó un método conflictual. Es decir, de derecho internacional privado. Él propugnaba una teoría mixta o híbrida que llamó teoría jurisdiccional atenuada (“*théorie juridictionnelle atténuée*”), y que reconocía el pedigrí contractual del arbitraje pero ponía énfasis en el hecho de que el acuerdo arbitral le quitaba jurisdicción a los tribunales ordinarios.¹¹⁵ Es decir, el acuerdo arbitral era considerado en esencia una cláusula de foro. Ello pues derogaba jurisdicción. Concebía a los árbitros como sustitutos de los jueces.

c) *Comentario sobre las teorías*

Ambas teorías pecan de ponerle demasiado énfasis en la sede para aplicar el derechos sustantivo y le ponen poco énfasis al origen contractual y papel internacional del arbitral.

2. Localización legal

Si bien las teorías que toman como punto de conexidad relevante a la sede han dominado, han existido otros criterios de vinculación que merecen ser comentados.

a) *Criterio de derecho procesal*

Los profesores Brachet¹¹⁶ y Riezler¹¹⁷ y (más recientemente) Ernst Mezger y el Profesor Habscheid¹¹⁸ consideran que el derecho arbitral es en esencia procesal. Por ende, es el derecho de la sede el que controla.

Su diferencia con las teorías de la sede es en esencia de perspectiva. El derecho aplicable al arbitraje en su totalidad es un derecho que las partes escogen como aplicable al procedimiento arbitral, lo cual se deriva de la selección de la sede. Parte de la premisa que el derecho arbitral es en esencia procesal y el derecho de la sede es el que controla.

¹¹⁵ Petrochilos, pg. 27

¹¹⁶ DE L'EXECUTION, 1928, pg. 12.

¹¹⁷ INTERNATIONALES ZIVILPROZESSRECHT, 1949, pg. 616.

¹¹⁸ MÉLANGES MAURY I, 1960, pg. 273 en INTERNATIONAL TRADE ARBITRATION.

b) *Teoría de la continuidad jurídica*

Según esta teoría (*Legal Continuum Theory*), el arbitraje, como proceso, deriva del acuerdo para arbitrar, cuyo derecho aplicable (*proper law*) debe regir en todos sus aspectos. El arbitraje es concebido como una cadena de actos jurídicos que deben estar regidos por un sólo derecho, mismo que es escogido por las partes para regir el acuerdo arbitral.¹¹⁹

c) *Criterio de la jurisdicción desplazada*

Esta escuela (*Displacement of Jurisdiction Criterion*) considera que la *lex arbitrii* debe ser el derecho de las cortes que hubieran tenido jurisdicción en ausencia del acuerdo arbitral.¹²⁰ La premisa parece ser que el procedimiento arbitral resultará en un laudo que excluye, y por ende tomar el lugar de, la sentencia que derivaría de la jurisdicción local.

3. Deslocalización

Dentro de esta escuela de pensamiento pueden discernirse dos tendencias distintas: la contractualista y la transnacionalista.

a) *Teoría de las Deslocalización mediante contrato*

Los precursores de esta corriente (*Delocalization by contract theory*) postulan que el arbitraje es un animal contractual cuya validez es una cuestión regida por derecho contractual. Por ende, ninguna jurisdicción debe tener competencia 'exclusiva' para dar validez al laudo arbitral. No es necesario que una valide al laudo. Su fuerza vinculatoria deriva de las diversas leyes y foros cuya asistencia puede ser solicitada para ejecutar. La validez del laudo arbitral se observa cuando se ejecuta. Dado que ello puede tener lugar en muchos países, nunca existirá —ni debe existir— un sólo país determine la validez de un laudo.¹²¹

b) *Arbitraje transnacional*

Esta corriente de opinión parte de la premisa que la validez del arbitraje internacional puede ser determinada por referencia a un 'derecho transnacional'. Es decir, un derecho que no es ni nacional ni internacional, sino al margen de ambos.¹²²

119 Klein, FESTGABE SCHWEIZERISCHEN JURISTENTAG, 1963, 145.

120 Anzilotti, 1906.

121 Petrochilos, pg. 39.

122 Petrochilos, pg. 35.

El Profesor Fragistas fue el primero en proponerla argumentando que en arbitraje internacional las partes no están libres de hacer una elección del derecho procesal y sustantivo aplicable, sino que desligan al arbitraje del derecho nacional y lo someten directamente al derecho internacional.¹²³

Goldman, Fouchard y Lalive¹²⁴ postulan que el derecho internacional (visto en derecho nacional, tratados internacionales y reglamentos arbitrales) da a las partes libertad para diseñar su procedimiento arbitral en la forma que deseen, sujeto únicamente a reglas que expresen un auténtico orden público internacional.

C. IMPORTANCIA PRÁCTICA DEL DEBATE

El debate anteriormente resumido no es fútil. No se trata de una discusión sobre el sexo de los ángeles. Impacta cuestiones prácticas e importantes. Un caso reciente lo demuestra. El caso CCI 10623, como parte del razonamiento seguido con miras a restar efectos a una medida de un tribunal estatal que buscaba mermar la eficacia un procedimiento ‘incómodo’ para el Estado de la judicatura en cuestión, calificó al arbitraje como una ‘criatura’ de contrato.¹²⁵ Fue dicha caracterización, *inter alia*, la que permitió que el procedimiento arbitral continuara.¹²⁶

No es la primera vez que dicho paso se toma. Por ejemplo, dentro del contexto del tribunal de reclamaciones Irán-EU el Juez Noori explicó que:¹²⁷

No existe duda alguna que los arbitrajes, sean internacionales o entre sujetos de derecho privado, derivan su mandato y competencia del consentimiento y acuerdo de las partes al acuerdo arbitral; por ende, es el consentimiento de las partes el que determina el ámbito, límites y área de certidumbre de la autoridad y jurisdicción de un árbitro.

¹²³ Fragistas, RCDIP, 1960, pg. 1, basándose en Goldman, quien argumentaba que el arbitraje internacional está necesariamente desligado de todos los derechos nacionales. Fragistas, actuando como árbitro único en el arbitraje CCI 1040/1959, defendió dicha posición al decir que las partes al acudir a una institución arbitral como la CCI, mostraron su intención de litigar a un nivel internacional mediante un arbitraje auténticamente internacional, que tenga lugar al margen de todas las jurisdicciones nacionales (Lew, THE PLACE OF ARBITRATION, 1992, pg. 82)

¹²⁴ Un fundamento textual es el artículo V(1)(d) de la CNY que pone la autonomía de la voluntad por encima del derecho de la sede.

¹²⁵ Las palabras utilizadas fueron “*creature* [of the contract]”.

¹²⁶ Para abundar sobre el mismo puede consultarse ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 2004.

¹²⁷ *Watkins-Johnson Company et al v. Iran et al*, 22 Iran-US CTR 218, 296, para 56 (Diss Op Noori)(1989). Sus palabras son: “There can be no doubt that arbitrations, whether international or between subjects of private law, derive their mandate and competence from the consent and agreement of the parties to the arbitral agreement; therefore, it is the parties’ consent that determines the scope, limits and area of certitude of an arbitrator’s authority and jurisdiction.”.

En forma similar un conocido experto inglés, Lord Mustill, explicaba que:¹²⁸

El arbitraje trasnacional está fundado en la premisa que es contrario a los intereses de la comunidad mercantil el tolerar un régimen donde los arbitrajes internacionales tienen que ser sometidos a los diferentes derechos arbitrales de diferentes países, según ocurra que los mismos tienen lugar. Esta premisa, que es definitivamente defendible, se percibe como conducente a la conclusión que, en opinión de este autor, está abierta a debate, que los derechos arbitrales nacionales son por definición inaplicables a los arbitrajes internacionales, los cuales se percibe que ocupan un universo propio completamente desligado de las preocupaciones mundanas de un sistema nacional de derecho arbitral.

Comprendida la importancia, pasemos a su contenido.

D. CONTENIDO DE LA TEORÍA

El contenido de la teoría puede ser dividido en cuatro vertientes: (1) deslocalización de la ejecución (que implica que las decisiones locales de nulidad carezcan de efectos internacionales); (2) deslocalización de la nulidad (implica la posibilidad de excluir el recurso de nulidad¹²⁹); (3) deslocalización del procedimiento arbitral (que propone la exclusión de la aplicación del derecho arbitral y asistencia judicial al arbitraje); y (4) deslocalización del derecho aplicable (busca reducir el papel del derecho de la sede del arbitraje).¹³⁰

Para que lo anterior fuera cierto, el arbitraje tendría que estar totalmente autocontenido. Es decir, totalmente emancipado y desligado de la sede del arbitraje de tal manera que su funcionar no dependa de legislaciones y tribunales nacionales. Paradójicamente, es en esta concepción donde la teoría encuentra al mismo tiempo tanto su aspecto más progresivo (y emocionante) como su Talón de Aquiles.

La progresividad de la teoría obedece a que en la mayoría de los casos la aplicación de un derecho arbitral nacional es innecesario; un tribunal arbitral puede tener la función de conducir el arbitraje en su mayoría, sin necesidad de recurrir a un derecho nacional. Dicha posibilidad ha dado lugar a que se emitan

¹²⁸ Mustill, *JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION*, 1989, 6:2, 51. Sus palabras exactas son “Transnational arbitration is founded on the premise that it is contrary to the interests of the trading community to tolerate a regime in which international arbitrations have to be submitted to the differing arbitration laws of different countries, according to where the arbitrations happen to be conducted. This premise, which is certainly defensible, is seen as leading to the conclusion, which to the present author at least seems altogether more open to debate, that the local arbitration laws are by definition inapplicable to international arbitrations, which are visualized as occupying a juristic universe of their own, detached altogether from the mundane preoccupations of any single national system of arbitration law.”.

¹²⁹ Lo cual es posible en algunas jurisdicciones (Bélgica, Malasia, Suiza, Suecia y Tunes).

¹³⁰ Hamid G. Gharavi, *THE INTERNATIONAL EFFECTIVENESS OF THE ANNULMENT OF AN ARBITRAL AWARD*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, pgs. 110-111.

laudos desligados de cualquier sistema jurídico, lo cual se ha bautizado como 'laudos flotantes' ("*floating awards*").¹³¹

Su Talón de Aquiles consiste en que es difícil pensar en un sistema legal privado que, aunque transnacional, carezca de un punto de apoyo local. De un cimiento legal en alguna jurisdicción, la que sea, que nutra de efectividad al mismo. Sin ella, el edificio legal internacional se desmoronaría.

En forma importante, este paradigma fue el que prevaleció en la mente de los arquitectos de la Convención de Nueva York.

El análisis anterior hace relevante el tema de la sede, por ser esta justamente piedra angular sobre la que descansa la infraestructura legal arbitral internacional. Y dicho ladrillo legal es local

Pero la (excesiva) importancia de la sede del arbitraje no carece de opositores. Se ha puesto en tela de juicio en base a los siguientes motivos:

1. La selección de la sede con frecuencia es una cuestión de conveniencia física, no jurídica.
2. La selección de la sede es con frecuencia realizada no por las partes sino por la institución arbitral que han seleccionado.
3. La selección de la sede con frecuencia se rige por el deseo de neutralidad.
4. Es dudoso que al elegir la sede las partes en verdad hayan tenido en mente todo lo anterior.
5. El papel del tribunal arbitral es transitorio y la sede no tiene una conexión necesaria con la controversia.

No obstante lo anterior, la sede del arbitraje ha retenido un papel importante: es el vínculo mediante el cual se fija la competencia del derecho y tribunales que asistirán al arbitraje. Sin el mismo, el arbitraje se encontraría impedimentos prácticos serios. Aún el arbitraje internacional opera dentro de los límites de un sistema jurídico nacional. Sin el mismo, existen pasos prácticos cuyo cumplimiento coactivo sería problemático. Por ejemplo la remisión forzosa al arbitraje, la asistencia en la constitución del tribunal, la obtención de pruebas, el análisis de validez (nulidad) del laudo, y la ejecución del mismo.

No obstante que el sueño permanece latente e inalcanzado en su enteridad, existen instancias que lo han logrado, y otras que se aproximan a ello. Por ejemplo, existen tres tipos de arbitrajes que reúnen los requisitos de un arbitraje deslocalizado: el arbitraje de inversión bajo el Convenio CIADI, el arbitraje deportivo bajo el Tribunal Arbitral del Deporte, y el arbitraje en línea. A su vez, la Convención Europea de 1961 ha ejecutado laudos flotantes. La posibilidad de ello bajo la Convención de Nueva York se ha visto reducida por la

¹³¹ Jan Paulsson, ARBITRATION UNBOUND: AWARD DETACHED FROM THE LAW OF ITS COUNTRY OF ORIGIN, 30 *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, pg. 358; Jan Paulsson, DELOCALIZATION OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: WHEN AND WHY IS MATTERS, 32 *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, pgs. 53-61.

circunstancia que dicho instrumento contempla la ejecución de laudos “extranjeros”, lo cual necesariamente implica que estén ligados a algún sistema jurídico. Sin embargo, existen casos en los que se han ejecutado laudos a-nacionales al amparo de la Convención de Nueva York.¹³² También existen instancias de casos aislados que, sin llegar a ser arbitrajes deslocalizados, han involucrado la ejecución por tribunales nacionales de laudos a-nacionales,¹³³ y han sostenido la posibilidad de contractualmente eliminar el recurso de nulidad.¹³⁴

La consecución de la meta parece haber encontrado un paso favorable en la utilización de la *lex mercatoria* (derecho mercantil transnacional) como derecho substantivo en el cual se fundamenta el laudo.

Tal parece que la deslocalización que se ha logrado se refiere generalmente al procedimiento arbitral más no al laudo ya que su ejecución será eventualmente controlada por algún tribunal estatal.

Si bien el derecho arbitral transnacional ha sido descrito como un ideal teórico, la segunda mejor opción a ello sí parece haber sido lograda en cierta medida: la uniformidad del derecho arbitral. Es cierto que el derecho arbitral substantivo transnacional dista de ser *totalmente* uniforme; sin embargo, nunca en la historia se ha alcanzado un régimen tan armónico como el actualmente existente.¹³⁵ Es cierto que hay mucho por hacer, pero no hay que perder de vista los logros alcanzados.

VII. COMENTARIO FINAL

La hora ha llegado para entender que el arbitraje no es simplemente un juicio más. Es una institución *sui generis*, que encuentra su razón de ser, *modus operandi*, regulación y orientación en una verdad que rebasa las fronteras: la necesidad de que el derecho sea un instrumento que coadyuve al —y no obstaculice el— comercio internacional, el cual nos favorece a todos.

La judicatura mexicana tiene una oportunidad valiosa para demostrar que no es nacionalista ni endocentrista, y que entiende y fomenta tanto los métodos

¹³² Específicamente, laudos provenientes del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (*Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould* (887 F.2d 1357, 9th Cir., 1989) e *Iran Aircraft Industries and Iran Helicopter and Renewal Company v. AVCO Corporation* (980 F.2d 141, 2d Cir., 1992)).

¹³³ Por tribunales estadounidenses y franceses.

¹³⁴ Bélgica (artículo 17(3) del Código Judicial de Bélgica) y Suiza (artículo 192 de la Ley de Derecho Internacional Privado Suizo). En *Groupement d'Enterprises Fougerolle et Consorts*, BGE, 21 de diciembre de 1992, 118 I b, 562, 568) se sostuvo el derecho de partes extranjeras de eliminar contractualmente la revisión judicial del laudo en ciertas circunstancias limitadas.

¹³⁵ Ello ha sido posible mediante la exitosa ratificación de la Convención de Nueva York y adopción de la Ley Modelo de la UNCITRAL.

como los beneficios de ser abiertos a los paradigmas jurídicos internacionales más aceptados. Esta oportunidad consiste en continuar con la tendencia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha recientemente iniciado, venciendo la tentación de interpretar la regulación y práctica arbitral bajo esquemas meramente nacionales, por más justificado que estos sean en nuestras instituciones y prácticas vernaculares.

El arbitraje *à la mexicaine* puede —y debe— tener un sabor *nouvelle cuisine*, para satisfacer los paladares internacionales más exigentes, so pena de ser rechazado por insípido.