

EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

(CLÁUSULA COMPROMISORIA Y COMPROMISO ARBITRAL)

PAUL G. RENAUD COURTNEY

INTRODUCCIÓN

Hoy por hoy, en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, el sistema del arbitraje privado como método para la solución jurídica de controversias ha venido tomando cada vez mayor fuerza, hecho que resalta si enfocamos nuestras miras a Europa, Estados Unidos, Canadá, Japón y prácticamente a todos los países de la cuenta del Pacífico. De aquí la existencia de un buen número de instituciones administradoras de arbitraje internacional.

Por desgracia, y pese a que a estas alturas la figura del arbitraje se reconoce mundialmente como un mecanismo idóneo para resolver extra-judicialmente los conflictos de naturaleza privada, en México todavía no tiene la aplicación que pudiera esperarse y, más bien, en ocasiones pareciera que las autoridades judiciales, así como algunos abogados, la desdeñan.

Las razones de este ínfimo acercamiento al procedimiento arbitral en nuestro país son variadas, pero todas ellas se sustentan en la falta o deficiencia de información sobre el tema, pues se ha puesto poca atención al contenido de las convenciones internacionales y a los avances que, aunque escasos, se han dado tanto en la legislación mercantil como en la jurisprudencia en torno de esta materia. Asimismo, se ha podido observar un cierto recelo de los jueces en general, pues sienten al arbitraje como una institución que se pone en competencia con su jurisprudencia natural, siendo que, en realidad, se trata de un verdadero medio auxiliar de la judicatura.

Es precisamente en el área mercantil en donde el arbitraje, en México, ha venido mostrando cada vez mayor utilización en el campo de la contratación internacional, situación generada con motivo de la adhesión a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales

Extranjeras, en 1971, y de la ratificación de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, conocida como Convención de Panamá, en 1976.

En el año de 1993, se reforma el Código de Comercio Mexicana para incluir el texto de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional.

Naturalmente, es de esperarse que conforme vaya dándose el engranaje necesario para que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte tome la completa aplicación que se contempla en sus términos, la institución del arbitraje irá ganando terreno y quedará de manifiesto a todas luces, lo que ya se reconoce en la Exposición de motivos que acompañó a la iniciativa del Ejecutivo Federal al Congreso de la Unión para reformar y adicionar el Código de Comercio en julio de 1993, cuando señala:

El arbitraje comercial internacional ha probado su utilidad para la solución de los problemas que no reciben satisfacción adecuada a través de las soluciones tradicionales del Derecho Internacional Privado. En efecto, el método tradicional consiste en escoger a cuál o a cuáles sistemas domésticos debe recurrirse para determinar tanto el derecho aplicable al fondo de la controversia, como el foro en donde se debe ventilar la misma.

Hoy en día, dicho sistema, en general, resulta inadecuado para el tráfico internacional.

El arbitraje ayuda a resolver estos problemas. En efecto, por acuerdo de voluntades, las partes, o en su caso, los árbitros, determinarían el derecho aplicable a la relación concreta de que se trata.

Para que el procedimiento arbitral a que se ha venido haciendo referencia puede ser puesto en práctica, requiere necesariamente de un acuerdo de voluntades de las partes contratantes en una cierta relación jurídica, por el cual se obligan a someter las controversias presentes o futuras que nazcan de dicha relación a la decisión de uno o más árbitros, comprometiéndose igualmente a acatarla. Este acuerdo de voluntades —*convenio arbitral*— es lo que constituye el tema fundamental de este estudio, tanto en su aspecto de cláusula compromisoria como en el de compromiso arbitral.

En el cuerpo de este trabajo se analizarán los conceptos generales sobre convenio arbitral, su distinción en cláusula compromisoria y compromiso arbitral, elementos de existencia y requisitos de validez, su autonomía y sus efectos.

EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1. *Concepto*

La solución de cualquier controversia mediante el arbitraje, tanto en materia civil como en materia comercial y, de igual manera, tanto en el ámbito interno como en el internacional, presupone necesariamente la celebración de

un acuerdo de voluntades por las diferentes partes involucradas en la relación jurídica respecto de la cual se haya suscitado el conflicto a resolver.

Este acuerdo de voluntades no solamente se halla encaminado hacia la prevención de posibles controversias futuras por lo que hace al sometimiento de las mismas —en caso de darse— a su resolución por medio de un procedimiento arbitral, o bien, a la decisión de recurrir a este mecanismo para dirimir un litigio que ya ha surgido entre las partes, sino que también implica la renuncia del derecho de acudir ante los tribunales jurisdiccionales estatales con objeto de que la controversia correspondiente sea resuelta por ellos. Esto es lo que se conoce con el nombre de *Convenio Arbitral*.

La Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional utiliza para identificar la figura a que se alude en el párrafo anterior, el nombre de “acuerdo de arbitraje”, y lo define en los siguientes términos:

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o la forma de un acuerdo independiente.

En México, a partir del 22 de julio de 1993, esta Ley Modelo de la UNCITRAL quedó incorporada en el título cuarto del Código de Comercio, con lo cual el concepto que establece este ordenamiento respecto del acuerdo de arbitraje coincide literalmente con el antes transcrito.

En opinión del tratadista Jorge Alberto Silva,¹ este convenio o acuerdo arbitral no es en esencia un verdadero contrato y al efecto cita el maestro Briseño Sierra quien, en su texto Consideraciones sobre el Arbitraje, señala que “*si el compromiso crea y modifica obligaciones, no sólo entre las partes litigantes, sino entre ellas y el árbitro, parece preferible hablar de convenio o acuerdo.*” Por varias razones no puedo compartir la postura de los autores mencionados: en primer lugar, si partimos de la base indiscutible de que un contrato es el acuerdo de voluntades que tiene por objeto la creación y transmisión de derechos y obligaciones, no encuentro justificación alguna suficiente para que la figura en análisis quede ubicada fuera de tales lineamientos; además, existen en la actualidad razones de peso que demuestran que la distinción entre convenio y contrato, no obstante las precisiones legales en esa directriz, es por demás bizantina dado que en la práctica se observan acuerdos de voluntades que simultáneamente generan efectos tanto de “convenios” como de “contratos”, como es el caso de la novación, entre muchos otros. Además, la propia ley que establece la distinción entre ambas instituciones, se ha encargado de suprimir su importancia, según se desprende del contenido del artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

¹ JORGE ALBERTO SILVA, *Arbitraje comercial internacional en México*, Perezniето Editores, México, 1994, p. 60.

ART. 1859.—Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Por otra parte, en estricto sentido, no me parece adecuado el criterio de que el acuerdo arbitral crea y modifica obligaciones no sólo entre las partes litigantes sino también entre ellas y el árbitro. En efecto, considero que el hecho de que el inciso del procedimiento arbitral requiera de la aceptación del árbitro no significa de ningún modo que el convenio arbitral entre las partes lo haya vinculado, máxime que en muchas ocasiones el litigio ni siquiera ha surgido en el momento de celebrarse dicho convenio. Pensar lo contrario daría al traste con el principio de relatividad que de manera fundamental rige en la materia convencional: *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* (“lo hecho entre unos no puede perjudicar ni aprovechar a otros”).

En la legislación española encontramos también la caracterización del convenio arbitral como un contrato, toda vez que, si bien la Ley de Arbitraje vigente, del 5 de diciembre de 1988, no precisa de manera expresa lo que por dicho convenio debe entenderse, de su articulado se desprenden elementos suficientes para reconocer su carácter contractual. En este sentido se pronuncia Reglero Campos, cuando al estudiar la ley en cuestión señala que:

*el arbitraje, como institución, y tal como está estructurado por la Ley, consta de tres elementos esenciales: el convenio arbitral, de naturaleza claramente contractual, el denominado contrato de dación y recepción de arbitraje (receptum arbitrii) y el procedimiento arbitral, de naturaleza mixta, esto es, contractual y procesal.*²

II. CLÁUSULA COMPROMISORIA Y COMPROMISO-ARBITRAL

A la luz de la definición que la Ley Modelo de la UNCITRAL nos brinda respecto del acuerdo arbitral —y que reproduce el Código de Comercio mexicano—, las partes integrantes de una cierta relación jurídica pueden someter a arbitraje las controversias que “haya surgido” o “pueden surgir” entre ellas. Es decir, el acuerdo de voluntades que las lleve finalmente a la resolución del conflicto a través del procedimiento arbitral, puede ser anterior al surgimiento del litigio, o bien, puede darse con motivo de una controversia que ya se ha generado, ya existente en el momento en que se otorga el pacto. En el primer supuesto estamos en presencia de lo que se conoce como “*cláusula compromisoria*”, y en el segundo nos encontramos frente al “*compromiso arbitral*”.

Normalmente, la cláusula compromisoria se incluye como un elemento más del contrato principal de donde nace la relación jurídica entre las partes; “*es una estipulación que suele pactarse al momento en que se forma o suscribe*

² L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991, p. 66.

el contrato principal. Por lo general significa la voluntad o intención de las partes de llevar al arbitraje las disputas que pueden surgir en el futuro respecto a la interpretación, cumplimiento o violación del contrato".³

Cabe destacar que en la práctica comercial internacional se recurre con mucho más frecuencia a la cláusula compromisoria que al compromiso arbitral, no obstante el hecho de que en este último, al estar ya delimitados los extremos de la controversia por ser presente, el convenio respectivo puede ser más preciso y completo y, consecuentemente, el desarrollo del proceso arbitral puede también estar apegado en mayor medida a la verdadera voluntad de las partes litigantes.

En torno a esta distinción, el autor español E. Artuch Iriberry, se expresa en los términos siguientes: "*La voluntad de las partes queda sustanciada en el convenio arbitral, denominación única que encierra dos posibilidades; así el pacto de arbitraje puede ser anterior al nacimiento del litigio (el caso típico de su inclusión en el clausulado general de un contrato). Por otra parte, las partes pueden, nacida ya la controversia, pactar la sumisión al arbitraje, modalidad que provoca muchos menos problemas prácticos en su puesta en marcha, pero que es bastante menos frecuente en la práctica. Aunque tradicionalmente se denominaba a la primera "cláusula compromisoria" y a la segunda "convenio arbitral", actualmente ambas figuras aparecen unificadas tanto en su nomenclatura como en sus efectos positivos y negativos*".⁴

Ahora bien, por lo que se refiere al compromiso arbitral, ha quedado apuntado que es el acuerdo que contiene la voluntad de las partes de someter al arbitraje una controversia que ya ha nacido entre ellas. En el sistema jurídico mexicano, es el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el ordenamiento que hace una especial referencia al compromiso arbitral en su artículo 610, que dice a la letra:

ART. 610.—El compromiso puede celebrarse antes de que haya juicio, durante éste y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre.

El compromiso posterior a la sentencia irrevocable sólo tendrá lugar si los interesados la conocieren.

No debemos perder de vista que la Ley de Arbitraje española de 1988 ya no hace distinción entre cláusula compromisoria y compromiso, como si lo hacía la ley anterior, de 1953. En efecto, en su título II, denominado *Del Convenio Arbitral y sus Efectos*, habla genéricamente de "convenio arbitral", pudiendo el mismo tener por objeto cuestiones presentes o futuras, situación que se aclara perfectamente en la Exposición de Motivos de dicha ley cuando menciona expresamente que se elimina la distinción entre el "contrato preliminar de arbitraje"

³ HUMBERTO BRISEÑO SIERRA, *Sobre arbitraje. Estudios*, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1ª ed., México, 1995, p. 164.

⁴ E. Artuch Iriberry en *Derecho del comercio internacional*, José Carlos Fernández Rozas (Editor), Eurolex, Colección Estudios Internacionales, Madrid, 1996, p. 481.

y el “compromiso” que contemplan la ley anterior. Así, el artículo 5º de la citada Ley de Arbitraje de 1988 dispone en su parte conducente que:

El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión.

Sobre este particular hay que mencionar que, tradicionalmente, la cláusula compromisoria se ha venido considerando como una especie del llamado *contrato preliminar de arbitraje*, siguiendo los lineamientos de la antigua Ley de Arbitraje española de 1953. Sin embargo, ya se ha dicho que tal distinción quedó rebasada en la actualidad y que la nueva legislación en España sólo se refiere en género al convenio arbitral. En torno a este aspecto, Jorge Alberto Silva⁵ hace mención de ciertas ideas tradicionales y antiguas que sostienen que el acuerdo preliminar coincide con el precontrato, afirmándose que en el primero se pacta que en caso de surgir un litigio, las partes celebrarán un acuerdo en el que se establecerá el proceso arbitral como medio de solución. El propio autor citado disiente de tal postura señalando que cuando se alude a lo preliminar se hace referencia a lo que es previo al surgimiento del litigio, y no a lo que es previo al acuerdo definitivo. Por mi parte, coincido con esta última opinión agregando una razón más en su apoyo: mientras que el precontrato tiene como característica fundamental la de generar la obligación de hacer consistente en la celebración de un contrato futuro en un plazo determinado, con la consecuente sanción si se da el incumplimiento, en el acuerdo preliminar no nace, estrictamente hablando, la obligación de celebrar en el futuro un contrato diferente —en nuestro caso el compromiso arbitral— toda vez que ni siquiera se sabe a ciencia cierta si el litigio tendrá o no verificativo y parecería, más bien, que la efectividad de ese acuerdo preliminar se encuentra sujeto a una condición suspensiva, el hecho de que nazca la controversia, situación que de ninguna manera se presente en el supuesto del precontrato, el cual, además, debe contener los elementos esenciales del contrato definitivo. En este mismo sentido se pronuncia Luis Martínez Vázquez de Castro quien, siguiendo a Cornú, señala que: *“la cláusula compromisoria no es una promesa de compromiso, sino una especie distinta y autónoma de convención arbitral, que constituye la ley de las partes y del árbitro. Se basa a si misma desde el momento en que el litigio, una vez nacido, puede ser sometido al Tribunal Arbitral por una de las partes sin necesidad de concluir un compromiso”*.⁶

Con independencia de lo dicho anteriormente, tal y como se describe el acuerdo preliminar en su contexto tradicional, parece tratarse, más bien, de lo que se ha dado en llamar un “contrato normativo”, en el que se determinan

⁵ J. A. SILVA, *ob. cit.*, p. 61.

⁶ LUIS MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Edit. Civitas, S. A., 2ª ed., Madrid, 1991, p. 33.

los elementos característicos y las reglas a que quedarán sujetos ciertos contratos que en el futuro celebren las partes, pero sin que exista entre ellas la obligación de celebrarlos. *"De un contrato normativo obligatorio no se deriva en lo absoluto, la obligación de concluir el futuro contrato, sino solamente la de darle un cierto contenido, en la hipótesis de que se formalice."*⁷

III. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

a) *El objeto*

El objeto propiamente dicho del convenio arbitral está constituido por la controversia existente, o bien, que pueda llegar a existir entre las partes integrantes de una determinada relación jurídica. Resulta común denominador en las distintas leyes que aluden al objeto del convenio arbitral el hecho de que no se haga la especificación del tipo de controversias que lo conforman, lo cual nos autoriza a pensar que puede tratarse de cualquier clase de conflictos *inter partes*, siempre y cuando su materia sea arbitrable. *"En un sentido amplio, se puede entender como objeto de una convención arbitral, la contienda o controversia que opone a las partes y que se somete a juicio de los árbitros... En sentido estricto, el objeto arbitrable constituye precisamente el objeto de la controversia, es decir, los puntos concretos de fricción o de divergencia entre las partes que van a ser zanjados en el proceso arbitral."*⁸

El objeto de la controversia debe quedar definido en el convenio arbitral de una manera precisa si nos situamos en el supuesto del compromiso, o bien genéricamente si se trata de la cláusula compromisoria, con la posibilidad de establecer los procedimientos y órganos conforme a los cuales ha de solucionarse el litigio. Igualmente, el conflicto que constituya el objeto del convenio arbitral debe ser susceptible de ser resuelto a través del arbitraje.

A mi parecer, el identificar como objeto del convenio arbitral a la controversia surgida entre las partes es perfectamente correcto para el caso del compromiso arbitral, desde el momento que el conflicto en cuestión, elemento esencial del convenio, pre-existe a su celebración. Sin embargo, resulta difícil comprender que las controversias no surgidas en la relación jurídica puedan ser también objeto —elemento de existencia— del convenio arbitral, si asume la forma de la cláusula compromisoria, en razón de que tales controversias, así como pueden darse, puede que no se den jamás y entonces habría que concluir en este caso que a dicha cláusula —convenio arbitral— le faltó el objeto y debe considerarse inexistente, lo cual rompería absolutamente con todo el sistema del arbitraje como medio de solución de controversias. Incluso Jorge Alberto Silva incurre en contradicción al tratar este tema cuando al señalar que un litigio

⁷ CARIOTA-FERRARA, citado por Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, 13ª ed., México, Editorial Porrúa, 1994, p. 134.

⁸ JOSÉ MA. CHILLÓN M., y FERNANDO MERINO M., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed, Editorial Civiltas, S. A., Madrid, 1991, p. 647.

futuro puede ser objeto o materia tanto de una cláusula como de un contrato preliminar de arbitraje, concluye diciendo que: "*en ambos casos se trata de una condición futura no querida o deseada, pero si prevenida*".⁹ La contradicción consiste en caracterizar al litigio futuro como objeto, elemento de existencia, en un primer término, y posteriormente como una condición, que es un acontecimiento futuro de realizar incierta del cual dependen los efectos del acto y que además constituye un *elemento accidental* del mismo, mientras que el objeto es un *elemento esencial*.

Por otra parte, si bien es cierto que las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato, en los términos de lo dispuesto por el artículo 1826 del Código Civil para el Distrito Federal, también lo es que un litigio no puede ser identificado como "una cosa". De aquí mi opinión en el sentido de que la cláusula compromisoria revista en gran medida el carácter de contrato normativo, cuyo aspecto ha quedado delimitado en párrafos anteriores.

El problema parece solucionarse, en concepto de algunos autores, al considerar que el litigio futuro como objeto de la cláusula compromisoria si bien no está determinado en el momento de su celebración, es requisito indispensable que se determine. "*Cuando la controversia todavía no ha surgido, la determinación del objeto se alcanza... por la necesidad de expresar la relación jurídica de la que nace y su concreción sólo puede hacerse en un momento posterior, a través de la actividad de las partes en el proceso*".¹⁰

b) *El consentimiento*

El consentimiento en el convenio arbitral se da cuando las partes se ponen de acuerdo en solucionar mediante el arbitraje las controversias, existentes o futuras, que se deriven de la relación jurídica que los vincula, haciendo referencia especial al objeto de tales controversias.

En virtud de que son el sometimiento que las partes hacen de sus controversias al procedimiento del arbitraje están renunciando al derecho constitucional de acudir ante los tribunales estatales competentes para tales efectos, la expresión de su voluntad en el convenio arbitral toma el rango de elemento de existencia fundamental y, por supuesto, debe constar en el mismo de manera inequívoca.

Evidentemente, este consentimiento solamente comprende a las partes contratantes y, por consiguiente, ningún tercero podría resultar obligado a participar en el proceso arbitral. Es así que en este proceso no pueden tener lugar los llamamientos a terceros ni las tercerías, figuras que operan naturalmente en los procedimientos judiciales ante los órganos jurisdiccionales de los Estados, toda vez que las personas que se ven involucradas en ellas nunca prestaron su consentimiento a este respecto.

⁹ J. A. Silva, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰ FAUSTINO CORDÓN MORENO, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, 1ª ed., Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990, p. 49.

Es interesante observar el tratamiento que da la Ley de Arbitraje española al tema del consentimiento en el convenio arbitral. Su artículo 5º establece en lo conducente:

Art. 5º

1. El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de esas cuestiones, surgidas o que pueden surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión...

Cabe aquí subrayar un aspecto por demás importante que debe abarcar el consentimiento en el convenio arbitral: las partes deben también manifestar su voluntad en el sentido de que se obligan a acatar y cumplir la resolución del o los árbitros señalados al efecto. Sobre este punto, Artuch Iriberry nos indica que:

...la voluntad de las partes debe quedar claramente expresada, siendo de estricta aplicación de que sin voluntad no puede haber arbitraje; al revés, esta voluntad fundamenta el efecto positivo del convenio arbitral, de manera que las partes están obligadas a someterse al juicio de árbitros y a cumplir la decisión que recaiga.¹¹

Sobra mencionar que la falta de consentimiento acarrearía la inexistencia jurídica del convenio arbitral y, por ende, no produciría efecto legal alguno. Atendiendo al contenido de la legislación española, el hecho de que no haya mediado la voluntad expresa e inequívoca a que nos venimos refiriendo, provoca la nulidad del convenio arbitral.

IV. REQUISITOS DE VALIDEZ

Como en todo contrato, en el convenio arbitral deben observarse los requisitos de capacidad, forma, ausencia de vicios de la voluntad y licitud en el objeto.

En el presente estudio aludiré de manera especial a los requisitos de capacidad y forma por su trascendencia en materia de convenios arbitrales; los demás requisitos de validez operan en estos casos conforme a las reglas generales de los contratos, razón por la cual no haremos mayor comentario en torno a los mismos.

a) *Capacidad*

Independientemente de la capacidad general para contratar, que en el ámbito interno mexicano se contempla por el artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal, precepto que se lee así: "*Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley*", en el campo del convenio arbitral es

¹¹ E. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.*, p. 481.

regla general de capacidad que las partes estén legitimadas para transigir sobre la materia u objeto litigioso, pues de lo contrario el acuerdo arbitral será nulo. Partiendo de la base de que el contrato de transacción puede tener efecto traslativo de dominio, debe entenderse que, para que el convenio arbitral tenga validez, las partes deberán estar facultadas para disponer del objeto materia de la controversia.

*“La capacidad de los sujetos intervinientes en el convenio arbitral puede ser entendida según sea a su vez la concepción del arbitraje. Capacidad procesal para los que asimilan la sentencia arbitral a una sentencia judicial, poniendo el acento exclusivamente sobre el aspecto jurisdiccional del arbitraje; capacidad para disponer de un derecho, para aquéllos que contemplan prima facie la vertiente contractual. Esta ha sido, finalmente, la que ha prevalecido entre los distintos ordenamientos”.*¹²

Por lo que al Código de Comercio mexicano se refiere, ya no es requisito de capacidad que las partes del convenio arbitral sea comerciante, como aparentemente lo exigía este ordenamiento antes de las reformas del año de 1993. Tampoco lo exigen las normas convencionales aplicables en el ámbito internacional y, asimismo, pueden acceder al arbitraje tanto las personas físicas como las morales o jurídicas, ya sean, en este último caso, de carácter privado o de carácter público.

b) *Forma*

Aunque con cierta terminología que en la mayoría de las veces amerita interpretación, es común denominador, tanto en las normas internas como en las internacionales, que el convenio arbitral deba hacerse constar por escrito. Así, el Código de Comercio en México, establece el requisito formal del convenio arbitral en los términos siguientes:

ART. 1423.—*El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telefax, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.*

No obstante que el Código de Comercio aludido siguió los lineamientos de la Ley Modelo de la UNCITRAL, en este aspecto de la forma fue más definitiva al exigir que el convenio constase por escrito. En efecto, la Ley Modelo citada hace la aclaración en su artículo 72, en el sentido de que debe

¹² JOSÉ MA. CHILLÓN M. y J. FERNANDO MERINO M., *op. cit.*, p. 623.

entenderse que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación; de aquí se desprende el hecho de que no podemos dar una interpretación estricta a la necesidad de que el convenio cubra la forma escrita.

Esta misma postura se observa tanto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, en cuyo primer artículo se anota la alternativa de que el acuerdo respectivo conste en el acuerdo firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex, así como en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, que en su artículo II.2. se refiere a la misma posibilidad.

Como se advierte, en ambos instrumentos internacionales, aunque se alude a la escritura del acuerdo arbitral, no se indica que necesariamente tiene que ser por escrito. Véase la letra "o" disyuntiva empleada en ambos preceptos. Esta letra indica, por un lado, que el acuerdo puede ser por escrito, pero también expresa que el acuerdo puede quedar en un canje de notas o en telegramas, según la Convención de Nueva York, a lo que la Convención de Panamá le agrega que también puede ser por cartas o por telex; e incluso ya en nuestros días se hace necesario incluir el fax.¹³

Resulta evidente que la exigencia de la forma escrita en el convenio arbitral atiende a un motivo fundamental: el problema de la prueba por lo que hace a su existencia así como a sus alcances. En este orden de ideas, aun cuando también es regla generalmente admitida que la aceptación en el acuerdo puede ser verbal, encontramos el caso de algunas convenciones en las que, por la gran trascendencia de las hipótesis normativas que regulan, la necesidad de la confirmación por escrito es requisito indispensable. En este supuesto se ubica el Tratado de Libre Comercio de América del Norte cuando al hacer referencia a la solución de controversias en materia de inversiones a través de arbitraje —artículo 1121—, establece que para que un inversionista pueda someter una reclamación al procedimiento arbitral, deben las partes haber consentido en someterse al arbitraje y haber renunciado a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales administrativo o judiciales estatales, exigiendo de manera expresa que dicho consentimiento y dicha renuncia habrán de manifestarse por escrito, entregándose a la Parte contendiente e incluyéndose en el sometimiento de la reclamación al arbitraje.

Cabe aquí mencionar que, por su parte, la Ley de Arbitraje española de 1988 exige para la total validez y eficacia del convenio arbitral que el mismo se otorgue por escrito, pero adopta igualmente el criterio de interpretación flexible que anima en este aspecto a las convenciones internacionales sobre arbitraje ratificadas por España, como son entre otras, la Convención de Nueva York y el Convenio de Ginebra, las que, en términos generales, coinciden en este

¹³ J. A. SILVA, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

punto con la referida Ley Modelo de la UNCITRAL. En torno a este asunto, Reglero Campos indica que:

...si bien es cierto que el art. 6.1 de la Ley exige forma escrita y que la alusión a la constancia documental del aptdo. segundo del art. 6º debe ponerse en relación con el primero, a mi juicio, y por la razón apuntada más arriba, para satisfacer esa exigencia de prueba documental quizá debería haberse considerado como suficiente cualquier medio de prueba de este tipo admitido por los Tribunales, aunque no fuera escrito. Ello no obstante, también he de reconocer que contra esta alternativa milita el hecho de que los medios documentales no escritos exigen, por lo general, una comprobación pericial más ardua que los escritos, con los que se frustraría ese fin de celeridad del arbitraje que preside toda esta problemática.¹⁴

Como puede verse, en la generalidad de los casos basta que el convenio arbitral se haya hecho constar por escrito simple para que se tenga por cubierto adecuadamente el requisito formal, pudiéndose aplicar reglas de interpretación que permiten, sin rigidez, entender que la forma ha sido observada aún en condiciones en que si bien no existe escritura estrictamente hablando, finalmente servirán de constancia inequívoca de la celebración de lo que sucedía antes de las reformas de 1988, al Código de Comercio mexicano, ya no exige que el acuerdo se otorgue en escritura pública, requisito aún vigente en algunos otros países.

V. AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL

En el terreno del Derecho Internacional se deja ver claramente un marcado reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en el convenio arbitral, de modo que cuentan con una amplia libertad para pactar en él todo tipo de derechos y obligaciones, sin intervención del Estado para restringirla. Así, es común hallar en los convenios internacionales el respeto a la voluntad de las partes en todos los acuerdos alcanzados en atención del arbitraje, como pueden ser la designación de árbitros, la forma de constitución del tribunal arbitral, las reglas del procedimiento, la elección de la ley aplicable, etc., sin que se imponga en ningún caso la sujeción a normas o procesos estatales determinados.

En este sistema de libertad de contratación se coloca nuestro Código de Comercio al reconocer la autonomía de la voluntad de las partes para establecer el plazo en que se tramitará el proceso arbitral, el lugar del arbitraje, la posibilidad de renunciar al recurso de apelación, el idioma a utilizarse, entre otras libres facultades. De aquí podemos derivar la conclusión de que, en términos generales, las leyes del Estado quedan en calidad de norma supletoria.

Naturalmente, esta autonomía de la voluntad en el convenio arbitral no tiene, como no podría tener en ningún caso, un carácter absoluto. En efecto, si es la ley la que reconoce en un momento dado los alcances de la autonomía de la voluntad, ésta no puede traspasar los límites marcados por dicha ley, y

¹⁴ L. F. REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, p. 187.

nos estamos refiriendo, básicamente, a los principios constitucionales incontrovertibles que integran los fundamentos de orden público del Estado.

Prácticamente, las únicas limitantes establecidas en las leyes internas son: que en el proceso arbitral se otorgue la garantía de audiencia y de defensa, arbitrar sólo litigios arbitrales según las leyes del Estado (no la de las particulares), y que sólo los capaces pueden convenir. Es decir, se reconoce esa autonomía en tanto no pugne lo ahí pactado y los efectos creados con las normas de aplicación inmediata expedidas por el Estado.¹⁵

Ahora bien, respecto de la relación entre el convenio arbitral y el llamado contrato principal, basta decir, con el ánimo de no rebasar los objetivos de este trabajo, que el primero es absolutamente independiente del segundo y que goza de total autonomía en este sentido.

VI. EFECTOS

Conforme se ha venido desarrollando la estructura de este análisis, en varias ocasiones han asomado a la redacción los efectos del convenio arbitral. Estos se contemplan desde dos puntos de vista: los positivos y los negativos.

Desde el aspecto positivo, el convenio arbitral produce un doble efecto. En primer lugar, el de sujetar a las partes contratantes a la obligación de someterse a la decisión del o los árbitros que se designen para la solución de sus controversias, así como respetarla y acatarla; en segundo término, el de dotar al árbitro de competencia con objeto de que dicte una resolución de carácter vinculatorio para las partes.

No debe olvidarse que estos efectos del convenio arbitral solamente surten para las partes, siendo que los terceros carecen la legitimación para participar en un procedimiento con el que nunca consintieron. No obstante, en casos excepcionales podrían verse afectados indirectamente por la decisión arbitral.

Es el llamado efecto relativo de los pactos, que no sufre variación alguna en el caso del convenio arbitral. Sus efectos sólo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron de una forma u otra; en este sentido, la cuestión, en ocasiones, se centra en determinar quién, cómo y con qué extensión devino parte del convenio arbitral; pero el problema pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, no de eficacia de éste. El convenio arbitral sólo conoce un tipo de eficacia positiva contractual y es, en sentido estricto, "inter partes".¹⁶

Por lo que toca al aspecto negativo, la celebración del convenio arbitral conduce al efecto de la prohibición a los órganos jurisdiccionales estatales para intervenir en el conocimiento y resolución de las cuestiones sometidas a arbitraje por las partes.

¹⁵ J. A. SILVA, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶ E. ARTUCH IRIBERRI, *op. cit.*, p. 485.

Es decir, los tribunales judiciales quedan privados de competencia para conocer de tales asuntos.

Este efecto negativo se presenta en definitiva tanto en el ámbito interno como en el internacional. Así, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, contiene este principio en su artículo 620, que a la letra dice:

ART. 620.—El compromiso produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio en un tribunal ordinario.

En el mismo sentido encontramos la disposición del artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje española, cuando señala:

ART. 11.
1. El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado *e impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje*, siempre que la parte a quien interese lo invoque inmediatamente a la oportuna excepción.

Ahora bien, en el campo internacional observamos que el artículo II.3 del Convenio de Nueva York —coincidente en su contenido con el artículo VI del Convenio de Ginebra—, se pronuncia con la misma directriz:

ART. II....
... 3. El arbitraje de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, *remitirá a las partes al arbitraje*, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

A manera de conclusión en torno a este efecto negativo del Convenio Arbitral, hay que hacer notar que en el Derecho internacional esta situación de la obligada inhibición de los tribunales judiciales estatales se fundamenta en el reconocimiento de la fuerza de la autonomía de la voluntad en el convenio y de su eficacia fuera de los límites territoriales del Estado. A decir de los autores Chillón y Merino, se configura como un elemento de la cooperación entre ordenamientos para asegurar la eficacia procesal del arbitraje, evitando el inherente conflicto de jurisdicciones.¹⁷

Como quiera que el efecto negativo del convenio arbitral es uno de sus efectos esenciales, es claro que debe serlo en cualquiera de sus dos manifestaciones (cláusula compromisoria y compromiso), por lo que no es de extrañar que ésta haya sido una de las reivindicaciones más sentidas por todos los sectores interesados en el arbitraje. De otro lado, los textos internacionales lo incluyen como uno de los efectos más relevantes tanto de la cláusula compromisoria como del compromiso.¹⁸

¹⁷ JOSÉ MA. CHILLÓN M. y J. FERNANDO MERINO M., *op. cit.*, p. 710.

¹⁸ L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

CONCLUSIONES

1. En la actualidad, la institución del arbitraje se ha revelado frente al mundo del comercio internacional como el mecanismo idóneo para solucionar extrajudicialmente las controversias de carácter privado.

2. Sin embargo, en México no puede decirse que exista de fondo una "cultura" del arbitraje. Se requiere concientizar a jueces, abogados y empresarios de las ventajas que arroja este sistema, como medio alternativo para resolver fuera de tribunales los posibles conflictos que nazcan de las diversas relaciones jurídicas *inter partes*.

3. El convenio arbitral no sólo supone el sometimiento voluntario de controversias, presentes o futuras, al procedimiento del arbitraje, sino que implica también la renuncia del derecho de recurrir para tales fines ante los tribunales del Estado.

4. En mi opinión, el convenio arbitral cubre adecuadamente todos los extremos para ser considerado como un verdadero contrato: acuerdo de voluntades que tiene por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, partiendo de la base de que la distinción entre convenio y contrato es bizantina.

5. Debido al principio de relatividad del contrato, el perfeccionamiento del convenio arbitral no requiere del consentimiento del árbitro; en todo caso, resulta necesario para su ejecución.

6. Con apoyo en el mismo principio, ningún tercero puede verse afectado en su esfera jurídica en virtud de la celebración de un convenio arbitral.

7. En la práctica comercial internacional se observa con mayor frecuencia que en los contratos conste una cláusula compromisoria, que el hecho de que se recurra al compromiso arbitral.

8. De ninguna manera puede considerarse a la cláusula compromisoria como precontrato, no obstante su tradicional incorporación al llamado "contrato preliminar de arbitraje".

9. Este contrato preliminar de arbitraje asume prácticamente todas las características de un contrato normativo.

10. El objeto del convenio arbitral puede estar constituido por cualquier clase de controversia, siempre y cuando su materia sea arbitrable, pudiendo ser determinado o determinable.

11. El consentimiento en el convenio arbitral no comprende solamente la voluntad de someter las controversias a la decisión arbitral, sino también la obligación de cumplir con tal decisión.

12. La regla general de capacidad en el convenio arbitral es que las partes se encuentren legitimadas para transigir sobre el objeto materia del litigio.

13. Tanto en el ámbito interno como en el internacional, el convenio arbitral debe cubrir la forma escrita, siendo que en la casi totalidad de ordenamientos y convenciones se denota gran flexibilidad por lo que a esta exigencia se refiere.

14. En las convenciones internacionales es común encontrar el reconocimiento a la fuerza de la autonomía de la voluntad en el convenio arbitral, sin mayor obstáculo que los principios de orden público del Estado.

15. Los efectos del convenio arbitral se dan tanto desde el punto de vista positivo como desde el negativo. En el aspecto positivo, produce el efecto de sujetarse a las partes a la obligación de someter sus controversias a la decisión de uno o más árbitros, y acatarla; en el negativo, general el de prohibir a los órganos jurisdiccionales estatales su intervención para la solución de tales cuestiones, privándoles de competencia en ese sentido.

16. La inhibición de los tribunales estatales respecto de los asuntos sometidos a arbitraje por las partes, se fundamenta en el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad en el convenio arbitral, así como de la eficacia de éste fuera de los límites territoriales del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación consultada

a) *Nacional*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Comercio.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.

b) *Internacional*

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeras.

Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte. (Texto oficial - SECOFI)

Obras consultadas:

BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, Rodrigo y otros, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Editorial Tecnos, S. A., Colección Comentarios Jurídicos, Madrid, 1991.

- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Sobre arbitraje. Estudios*, 1ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1995.
- CHILLÓN MEDINA, José Ma. y MERINO MERCHAN, J. Fernando, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1991.
- DÍAZ, Luis Miguel, *Arbitraje: privatización de la justicia*, 1ª reimpresión, Editorial Themis, México, 1991.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y otros, *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Colección Estudios Internacionales, Madrid, 1996.
- LORCA NAVARRETE, Antonio Ma. y otros, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Editorial Dykinson, S. A., Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, Luis, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2ª ed., Editorial Civitas, S. A., Serie Monografías, Madrid, 1991.
- MONTERO AROCA, J. y otros, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, 1ª ed., Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado, parte general*, 6ª ed., Editorial Harla, S. A., de C. V., Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1995.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *El arbitraje*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 13ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México, 1994.
- SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, Pereznieto Editores, México, 1994.
- SIQUEIROS, José Luis, *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*, 1ª ed., Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa Librero-Editor, México, 1992.
- TREVIÑO, Julio César, *El arbitraje comercial internacional: un recurso para América Latina*, en la Revista de Investigaciones Jurídicas No. 12, Escuela Libre de Derecho, México, 1988.

BRIEVE RESEÑA HISTÓRICA

Para analizar lo que en la actualidad se ha denominado Foros Imperfectos de litigación, es imprescindible realizar una somera visión histórica, hacia hechos vinculados con este tema:

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma y Director del Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal.

