

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

**LA EFICACIA DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE
CONFLICTOS EN ESPAÑA Y MÉXICO: PERSPECTIVA INTEGRAL DE LOS
ACUERDOS DE MEDIACIÓN Y LOS LAUDOS ARBITRALES.**

Tesis doctoral

Presentada por

ARNULFO SÁNCHEZ GARCÍA

Dirigida por

Prof. Dra. Dña. MARTA GONZALO QUIROGA

(Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Rey Juan Carlos)

MADRID, 2012

A Dña. Pina García

Sin tu desinteresado apoyo esto jamás hubiera sido posible.

Contenido

ABREVIATURAS.....	14
INTRODUCCIÓN.....	20
METODOLOGÍA.....	36

CAPÍTULO I APROXIMACIÓN DOCTRINAL A LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC)

1. ¿Qué son los MASC?	42
1.1. Negociación	43
1.1.1. Marco conceptual	44
1.1.2. El conflicto.....	46
1.1.3. El negociador.....	47
1.1.4. Estrategias de negociación	49
1.2. El oyente neutral	49
1.3. Mini-trial y summary jury trial.....	50
1.4. La transacción.....	51
1.5. Consultas	52

1.6.	Los buenos oficios	52
2.	Mediación	53
2.1.	Marco conceptual	53
2.2.	Características de la mediación	57
2.2.1.	Voluntariedad	58
2.2.2.	Confidencialidad	62
2.2.3.	Neutralidad	69
2.2.4.	Flexibilidad	70
2.2.5.	Intervención mínima	71
2.3.	Las partes	71
2.4.	El facilitador	73
2.5.	Solución del conflicto	73
2.6.	Diferenciación entre la mediación nacional e internacional.....	75
2.7.	Mediación Internacional Pública y privada	77
3.	Conciliación	81
3.1.	Distinción entre conciliación y mediación.....	81
4.	Arbitraje	84
4.1.	Marco conceptual	85
4.2.	Convenio arbitral	90
4.2.1.	Efectos del convenio arbitral	92

4.2.2.	Forma del acuerdo arbitral	95
4.2.3.	Autonomía del convenio arbitral	97
4.3.	Tribunal arbitral	100
4.3.1.	Nombramiento de los árbitros.....	101
4.4.	Procedimiento arbitral	106
4.4.1.	Principios procesales y orden público.....	107
4.4.2.	Reglas que gobiernan al procedimiento arbitral	108
5.	Delimitación de la eficacia del los acuerdos de MASC en la mediación y el arbitraje	109

CAPÍTULO II

CONTEXTO LEGAL INTERNACIONAL DE LA MEDIACION Y EL ARBITRAJE

1.	Situación actual de los MASC en el contexto internacional	113
2.	La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI): naturaleza y objetivo.....	114
3.	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (LMC)	120
3.1.	La Proyección de la LMC en los sistemas jurídicos nacionales.....	124
3.2.	La conciliación y la mediación en la LMC	127

4.	Importancia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMA)	129
4.1.	La proyección de la LMA en los sistemas jurídicos nacionales	131
4.2.	Modificaciones hechas a la LMA en 2006	134
4.2.1.	Primera enmienda.....	135
4.2.2.	Segunda enmienda	136
4.2.3.	Tercera enmienda	136
4.2.4.	Cuarta enmienda	137
4.2.5.	Quinta enmienda	140
5.	Convención de Nueva York, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958 (CNY58).....	141
5.1.	Recomendaciones interpretativas a la CNY58 de 2006	143
5.1.1.	Primera recomendación interpretativa	145
5.1.2.	Segunda recomendación interpretativa	147
6.	Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (CG61)	149
7.	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de 1975 (CP75).....	152
8.	Experiencias comunitarias	154
8.1.	Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (LVMASC).....	155
8.1.1.	Validez del consentimiento.....	157

8.1.2. Eficacia de los MASC al ámbito del Libro Verde	158
8.2. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles (DME)	159
8.2.1. Ámbito de aplicación de la DEM.....	160
8.2.2. Aspectos Abarcados en la DEM	162
8.2.2.1. Confidencialidad.....	162
8.2.2.2. Calidad de la mediación.....	163
8.2.2.3. Efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción	164
8.2.2.4. Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación....	164

CAPÍTULO III
CONTEXTO LEGAL DEL LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN ESPAÑA Y
MÉXICO: ANÁLISIS COMPARATIVO Y MODELOS DE ACTUACIÓN

1. Rango constitucional de los MASC.....	168
1.1. En el ámbito constitucional español	168
1.2. En el ámbito constitucional mexicano	168
2. Mediación: Su evolución en la época contemporánea.....	170
2.1. Experiencias legislativas en México y España en materia de mediación...	172

2.1.1. Facultad legislativas de las Entidades Federativas mexicanas en materia de mediación	172
2.1.2. Facultad legislativas de los Comunidades Autónomas en materia de mediación	175
2.2. Experiencias legislativas	178
2.2.1. México.....	178
2.2.1.1. Evolución legislativa en las diferentes Entidades Federativas	181
2.2.1.2. Quintana Roo.....	181
2.2.1.3. Sonora	183
2.2.1.4. Guanajuato	184
2.2.1.5. Chihuahua	185
2.2.1.6. Colima	187
2.2.1.7. Oaxaca	187
2.2.1.8. Aguas Calientes.....	188
2.2.1.9. Morelos.....	189
2.2.1.10. Nuevo León	189
2.2.1.11. Coahuila	190
2.2.1.12. Durango	191
2.2.1.13. Veracruz	192
2.2.1.14. Jalisco.....	192
2.2.1.15. Tlaxcala	193

2.2.1.16.	Tamaulipas.....	193
2.2.1.17.	Baja California	194
2.2.1.18.	Distrito Federal	195
2.2.1.19.	Hidalgo.....	196
2.2.1.20.	Zacatecas	196
2.2.1.21.	Chiapas.....	197
2.2.1.22.	Yucatán	197
2.2.2.	España	198
2.2.2.1.	Cataluña.....	199
2.2.2.2.	Galicia	201
2.2.2.3.	Valencia	202
2.2.2.4.	Islas Canarias	203
2.2.2.5.	Castilla-La Mancha.....	203
2.2.2.6.	Castilla y León.....	204
2.2.2.7.	Islas Baleares	205
2.2.2.8.	Comunidad de Madrid.....	206
2.2.2.9.	Principado de Asturias.....	207
2.2.2.10.	País Vasco	207
2.2.2.11.	Andalucía	208
2.2.2.12.	Aragón.....	208

3.	Arbitraje: su evolución en la época contemporánea	209
3.1.	Breve descripción del panorama internacional y la modernización de la figura del arbitraje en México en las décadas de los ochenta y noventa	210
3.2.	Título IV del Código de Comercio Mexicano y sus reformas	213
3.2.1.	Reformas de 2011 a la Legislación de Arbitraje Mexicana	215
3.3.	La nueva Ley Española de Arbitraje 60/2003 y su regulación de acuerdo a la CNUDMI	219
3.3.1.	Antecedentes de la nueva Ley de Arbitraje Española	220
3.3.2.	Los Criterios de motivación para la nueva Ley Española de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre	226
3.3.3.	España, un camino hacia la armonización de su Legislación en materia de Arbitraje	228

CAPÍTULO IV

EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SUS PRESUPUESTOS DE EFICACIA

1.	Valoración del acuerdo de mediación: Diversos supuestos a examinar	233
1.1.	El acuerdo de mediación: consideraciones previas	235
1.2.	Naturaleza jurídica de los acuerdos de mediación	235
1.2.1.	El acuerdo de mediación como acto jurídico	236
1.2.2.	Origen contractual del acuerdo de mediación	237

1.3. Elementos de existencia.....	243
1.3.1. Consentimiento.....	246
1.3.2. Objeto	256
1.3.3. Causa.....	267
1.4. Elementos de validez y su incidencia en la eficacia del acuerdo de mediación.....	270
1.4.1. Capacidad de las partes	271
1.4.2. Ausencia de vicios del consentimiento	272
1.4.2.1. Error	273
1.4.2.2. Dolo.....	276
1.4.2.3. Violencia e intimidación	277
1.4.2.4. Forma	279
2. El acuerdo de mediación como figura contractual autónoma	279
3. Presupuestos de eficacia.....	280
3.1. Seguridad jurídica: consideraciones en torno a la forma del acuerdo de mediación.....	280
3.2. Cosa juzgada	282
3.2.1. Cosa juzgada formal del acuerdo de mediación	283
3.2.2. La cosa juzgada material del acuerdo de mediación	285
3.3. Título ejecutivo	286
4. Eficacia del acuerdo de mediación	294

CAPÍTULO V
EL LAUDO ARBITRAL Y SUS PRESUPUESTOS DE EFICACIA

1. Plano básico entre eficacia y la posibilidad de anulación de los laudos arbitrales	298
2. Naturaleza jurídica del laudo	299
3. Presupuestos de eficacia del laudo arbitral	301
3.1. Congruencia del laudo arbitral	301
Cuadro 2	304
3.2. Motivación del laudo	308
3.2.1. Precisiones entre los conceptos de motivación y fundamentación ...	308
3.2.2. Motivación de la sentencia arbitral al amparo de las Legislaciones Española y Mexicana	310
3.3. Presunción de legalidad de laudo: su trato en el Derecho interno Español y Mexicano.....	316
3.4. Equiparabilidad del laudo arbitral a la sentencia judicial	318
3.5. Comentarios previos sobre la eficacia primaria y plena de los laudos arbitrales	321
3.6. Cosa juzgada del laudo arbitral	323
3.6.1. Cosa juzgada formal del laudo.....	323
3.6.2. Cosa juzgada material del laudo	327
3.7. El laudo como título ejecutivo.....	328

4.	Impugnación del laudo arbitral	332
5.	Eficacia del laudo	336
	CONCLUSIONES.....	338
	<i>ADDENDA (Jurisprudencia)</i>	370
	BIBLIOGRAFÍA.....	410
I.	Monografías.....	412
II.	Publicaciones periódicas.....	427

ABREVIATURAS

Am.U.Int'l.L.Rev.....	American University International Law Review.
AA96.....	Arbitration Act de 1996.
AACE.....	Association for the Advancement of Cost of Engineering International.
ABA.....	American Bar Association.
ADR.....	Alternative dispute resolution.
AG.....	Asamblea General de las Naciones Unidas.
APPRI.....	Acuerdos para lo promisión y protección reciproca de inversiones.
ATS.....	Auto del Tribunal Supremo.
C.Com.....	Código de Comercio mexicano de 1889.
CCE.....	Código Civil español.
CE.....	Constitución Española.
CCFM.....	Código Civil Federal mexicano.
CG61.....	Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

CIAC.....	Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial.
CIDIP.....	Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.
CNU.....	Carta de las Naciones Unidas.
CNUDMI.....	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CNY58.....	Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958.
CP75.....	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de 1975.
CPEUM.....	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
DF.....	Distrito Federal.
DIP.....	Derecho Internacional Público.
DME.....	Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre Ciertos Aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

DMI.....	Derecho Mercantil Internacional.
ESD.....	Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Controversias.
GATT.....	Acuerdo General de Aranceles y Comercio.
ICE.....	Información comercial española.
LA 60/2003.....	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre arbitraje.
LA88.....	Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.
LAJ.....	Ley japonesa 38/2003 sobre de Arbitraje.
LAP53.....	Ley de arbitrajes de Derecho Privado.
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LMA.....	Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional.
LMC.....	Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Internacional.

LVMASC.....	Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil.
MASC.....	Métodos Alternos de solución de controversias.
NCUSL.....	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.
OEA.....	Organización de los Estados Americanos.
OMC.....	Organización Mundial del Comercio.
ONU.....	Organización de las Naciones Unidas.
PILA.....	Swiss Private International Law Act de 18 de diciembre de 1987.
PLMACM.....	Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.
RC.....	Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Internacional.
SCJN.....	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo.
UE.....	Unión Europea.

ULCC..... Uniform Law Conference of Canada.

UMA..... Uniform Mediation Act.

USA..... Unites States of America.

INTRODUCCIÓN

1. En las últimas décadas se ha intensificado el proceso de internacionalización de las relaciones comerciales. Esto ha generado varios aspectos positivos, entre los cuales pueden ser contados el acortamiento de distancias, la masificación de las transacciones comerciales, la interacción de nuevos o desconocidos actores en el comercio que antaño era imposible relacionar, la confluencia de diversos sistemas jurídicos en las operaciones del comercio internacional, etc. Sin embargo, paralelamente, se ha experimentado un considerable aumento de conflictos, potenciales o reales, en la esfera comercial internacional¹, serios problemas como la saturación de la justicia estatal, conflictos jurisdiccionales, incertidumbre en la circulación internacional de sentencias, el paradigma del sistema jurídico desconocido, etc.²

Estos problemas han derivado en graves dificultades de acceso a la justicia y su materialización efectiva³. De ahí que, la necesidad de nuevas opciones de arreglo del conflicto en su etapa inicial, así como de la controversia una vez planteada la litis, ha

¹ GONZALO QUIROGA, Marta, *“Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial: Arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional”*, Dykinson, Madrid, 2003. pp. 36-37.

² Sobre la intensificación de las relaciones comerciales, sus efectos y su incidencia en la implementación de los métodos alternos de solución de controversias, *cfr.* HERDEGEN, Matthias, *“Derecho Económico Internacional”*, Aranzadi, Navarra, 2003. pp. 141-145; GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, *“La Protección de las Inversiones”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. pp. 33 y ss.

³ Para mayor abundamiento véase AMÉRICO ROBLES, Diego, *“Concepto de acceso a la justicia, evolución, vigencia y actualidad”*, en BOUEIRI BASSIL, Sonia, *“Contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos”*, Dykinson, Madrid, 2010. pp. 27-49.

obligado buscar transformaciones en los sistemas jurídicos nacionales e internacionales con el objeto de conseguir, en última instancia, la compatibilidad operativa y de criterios en la resolución de diferencias con máxima seguridad jurídica⁴, para lo cual se ha acudido, sobre todo, a los métodos alternos de solución de conflictos (MASC)⁵.

2. El crecimiento de la implementación de los MASC en los últimos años es innegable. Esto se debe, principalmente, a los esfuerzos en su exploración y difusión realizados por Estados, estudiosos del tema, tribunales, instituciones nacionales e internacionales, empresas, usuarios en general, etc. Por otro lado, el uso cada vez más habitual de los MASC ha sido incentivado, entre otras cosas, por una problemática consistente en la falta de mecanismos estatales eficientes en la resolución de diferencias en el ámbito internacional y doméstico, el tiempo y costos excesivos asociados al accionamiento de la justicia tradicional, la incompatibilidad de sistemas jurídicos y el consenso generalizado referente a la necesidad de búsqueda y

⁴ En palabras de Fernández-Galiano, hay seguridad jurídica cuando uno sepa con entera claridad hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás, cuando conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad y, en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del Derecho; cuando pueda prever con fijeza los resultados de la aplicación de una norma; cuando, en fin, pueda contemplar e identificar, deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y ajenos. FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio, *"Derecho Natural"*, Editorial Universitas, España, 1991. p. 124.

⁵ Según Ferrari, las relaciones estables de naturaleza típicamente cooperativa como la asociación de cualquier clase, cultural, política, trabajo coordinado y organizado dentro de una empresa, se caracterizan por índices altos de conflictualidad, latente o manifiesta, que hace indispensable el recurso a prácticas, más o menos, institucionalizadas dirigidas a la prevención, atenuación y conciliación de los conflictos y, que, por el contrario, las relaciones de naturaleza típicamente conflictual como la disputa judicial cuentan con mecanismos internos cooperativos que los contendientes asumen de interés propio, pero al mismo tiempo de sus adversarios. FERRARI, Vincenzo, *"Acción jurídica y sistema normativo: introducción a la sociología jurídica"*, Dykinson, Madrid, 2000. p. 138. Sobre la creación de nuevos métodos para decidir reclamaciones jurídicas y su importancia véase CAPPELLETTI, Mauro y GARRTH, Bryant, *"El acceso a la justicia: tendencia mundial para hacer efectivos los derechos"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996. pp. 50 y ss.

perfeccionamiento de formas distintas que cumplan con la función de solventar problemas de impartición de justicia a nivel global de forma eficiente y eficaz⁶.

3. Un problema de gran trascendencia en la evolución de los MASC radica en su tratamiento doctrinal. Este se ha estado limitado principalmente a aspectos que escapan a una visión específicamente jurídica, con la salvedad del arbitraje. No obstante, en mayor o menor medida, las obras dedicadas a la materia se enfocan en el estudio y análisis de la teoría del conflicto, el accionamiento, causa y procedimientos de los MASC, hasta llegar al arreglo del conflicto, pero sin abordar la definición, clasificación y efectos de los acuerdos alcanzados mediante esta clase de mecanismos. Además, tradicionalmente la atención se ha centrado principalmente en aspectos psicológicos, sociológicos, antropológicos, etc., en torno a los MASC, obviando su tratamiento esencialmente jurídico.

A fecha de hoy, salvo en lo que atañe al arbitraje, lo referente a las garantías traducidas en la seguridad jurídica esperada de los MASC a partir de su eficacia jurídica ha sido un tema relegado. Su permanencia al margen del análisis exhaustivo en el ámbito de la Ciencia Jurídica ha dado como resultado la falta de concierto en cuanto a la elaboración de principios generales y lineamientos básicos. El problema

⁶ Un tema fundamental que es abordado en la presente memoria doctoral consiste en el reforzamiento de los MASC bajo un esquema sistémico frente a la justicia tradicional, en parte, como respuesta del Estado frente a la necesidad de alternativas eficaces en la resolución de disputas. Véase CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel, *“Alternativas no jurisdiccionales a la resolución de litigios”*, en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (Dir.), *“Justicia: poder y servicio público”*, Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007. pp. 377-396.

fundamental que se plantea radica en la trascendencia real de las soluciones aportadas por los MASC, lo cual se traduce en la indefinición de su eficacia. Lo que más importa al operador jurídico es ¿cuál es la eficacia real de un acuerdo de mediación y conciliación en el ámbito interno e internacional y la eficacia en el mismo sentido de un laudo arbitral?.⁷

En ausencia de parámetros fiables y bien sustentados sobre la eficacia jurídica que estos métodos son capaces de desplegar, es fácil poner en tela de juicio la seguridad jurídica de su implementación a gran escala⁸. De ahí que, la pregunta fundamental sea ¿Los acuerdos y laudos arbitrales alcanzados a través de un MASC son eficaces?, es decir, ¿las resoluciones planteadas al margen de estos mecanismos son capaces de desplegar en un plano material los efectos para los cuales fueron concebidos? De este modo, la progresión de los MASC ha hecho patente la necesidad de un estudio exhaustivo y útil, desde la óptica del Derecho, sobre la eficacia de los acuerdos alcanzados a través de los MASC. Circunstancia que, entendemos, justifica plenamente la elaboración de la presente memoria doctoral.

⁷ Según Arnaud y Fariñas los grandes problemas actuales son básicamente el de la transformación del Derecho y los conflictos, la opresión de los grupos sociales ligada al proceso de transnacionalización económica, social y política, además sostienen que, de cara al futuro, el despacho del abogado será el lugar donde se diriman los asuntos controvertidos entre las partes cada vez más dispuestas a la transacción (lo que nosotros llamaríamos, en la presente investigación, acuerdos alcanzados a través de un MASC) y menos a resolverlas por las vías normales, judiciales o administrativas, de resolver conflictos. ARNAUD, Andre-jean y FARIÑAS DULCE, María José, *"Sistemas jurídicos elementos para un análisis sociológico"*, 2ª edición, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006. pp. 283-284.

⁸ Marcos Del Cano apunta que no debe extrañarnos que llegase el momento en que la teoría jurídica proclamaría a la seguridad jurídica como rasgo definitorio y de aportación esencial del Derecho. Estimamos, pues, esta razón fundamental como sustento y obligación al tratamiento jurídico de los alcances e implicaciones de los acuerdos alcanzados a través de los MASC. Cfr. MARCOS DEL CANO, Ana Mª, *"La seguridad jurídica: su configuración actual"*, en VV.AA, *"Teoría y metodología del Derecho, Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba: Volumen II"*, Dykinson, 2008. p. 764.

4. La falta de consenso sobre la ponderación de los acuerdos alcanzados a través de los MASC en lo internacional y al ámbito europeo hace mella en su proyección hacia el ámbito Estatal. El Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil pone de manifiesto la cuestión. En este se subraya que, en el ámbito europeo, la indefinición de la naturaleza de los acuerdos alcanzados a través de los MASC es evidente, lo que pone de relieve que, si bien, en algunos sistemas son considerados transacciones de carácter contractual, en otros son denominados acta de conciliación o acta de mediación, pero que, en todo caso, independientemente la apelación que se les de, existe un consenso general de que éstas consisten en transacciones⁹.

La respuesta del Libro Verde no hace sino aportar más confusión al tema. La referencia al término “*transacciones*” es sumamente ambigua. Así, por transacción es posible entender la referencia a una figura contractual contenida, por lo menos, en los Códigos Civiles de herencia romano-francesa que, si bien, aparece como un figura legal que tiene como causa la eliminación de la *res dubia*¹⁰, poco o nada tiene que ver con la elaboración de un acuerdo al tenor de otros MASC p. ej. la mediación, la conciliación o el mini-trial¹¹. Además, bajo otro matiz, la referencia a “*transacción*” engloba de forma

⁹ Véase apartado 3.2.2.3 del Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil.

¹⁰ LAFONT PIANETTA, Pedro, “*Manual de contratos*”, Tomo II, Ediciones Librería Profesional, Bogotá, 2001. p. 1165.

¹¹ Salvador Coderch señala que por transacción se entiende un contrato de compraventa de la pretensión del litigio y, que si bien, es un instrumento alternativo del pleito judicial, existen otros como la mediación y el arbitraje, los cuales aportan mayores ventajas al brindar soluciones sistémicas y

general cualquier tipo de operación comercial, sea en el ámbito trasfronterizo o al nacional, donde su utilización válidamente puede hacerse para denominar cualquier tipo de operación comercial, desde las formas más simples como la compraventa, hasta operaciones con tintes financieros de carácter más complejo como el leasing¹².

5. A primera vista, la concepción de los acuerdos alcanzados a través de los MASC reportan un estado incipiente y poco abordado. De igual forma, al advertir la pluralidad de sistemas en los cuales existe su utilización, y tratándose de un de investigación como la que se propone, es posible y necesario fijar el objeto de investigación en la eficacia de los acuerdos y laudo arbitrales alcanzados a través de la utilización de los MASC, limitándolo a un ámbito reducido al caso español y mexicano.

Lo anterior sugiere la necesidad de contestar al siguiente cuestionamiento inicial: ¿sobre que métodos alternos de solución de conflictos se puede hablar de eficacia en España y México?. A su vez, ¿existe un impacto de los sistemas internacionales que regulan los MASC en los sistemas nacionales?, lo cual remite directamente a cuestionarse sobre el estado actual de la legislación nacional sobre el tema en España

rápidas del conflicto y de sus problemas recurrentes. SALVADOR CODERCH, Pablo, "*ACB de la transacción*", en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, et. al., "*Obra Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II: Derecho Civil de Obligaciones*", Aranzadi, Madrid, 2003. pp. 3007-3008.

¹² Al respecto, algunos autores señalan que en el ámbito del comercio internacional existe un sistema de operaciones jurídicas en el cual se contempla la compraventa como el instrumento contractual en torno a la cual giran el resto de las figuras contractuales, pues se trata de una figura legal necesaria para llevar a cabo cualquier transacción comercial. FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, "*DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES*", 3ª edición, Iustel, Madrid, 2011. pp. 351-352. Con lo anterior queda evidenciado el carácter general con que se utiliza la referencia a transacciones.

y México, de modo que también cabría preguntarse ¿el estado de la legislación en España y México permite determinar la eficacia real de esta clase de acuerdos?.

6. Por lo anterior, con objeto delimitar la estructura de la presente investigación en un sentido que vaya de lo general a lo particular, y con el ánimo de abordar los MASC desde una perspectiva genérica, en el primer capítulo se hará una aproximación doctrinal a los métodos alternos de solución de conflictos. Para comenzar, ese primer acercamiento a los MASC pretende un repaso desprovisto de ánimo de exhaustividad sobre la negociación y el conflicto en sí, lo cual obedece al hecho de que la negociación es base y sustento para los métodos alternos y el conflicto es la fuente principal de su accionamiento antes o después de planteada la controversia.

Posteriormente, se hará una descripción de cada uno de los MASC con mayor utilización, a mencionar: el oyente natural, el mini-trial, el summary jury trial, las consultas, la transacción, los buenos oficios, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Comenzando en cada caso por un acercamiento conceptual y operativo que permita identificar su respectivo ámbito de utilización, pero sobre todo si *prima facie* existe evidencia que acuse la posibilidad estimar la eficacia de los acuerdos conseguidos tras su agotamiento en España y México¹³. Una vez superado el primer análisis será conveniente abordar sus aspectos más relevantes con el objetivo de comprender sus

¹³ En cierta forma, los MASC serán estudiados como un factor de apoyo a la eficacia del sistema jurídico, cuando brinden soluciones al conflicto y a la controversia de forma igualmente eficaz en un plano que trascienda lo abstracto y aterrice en la realidad material. Así, la eficacia del sistema jurídico ha de ser entendida como la objetiva capacidad de las normas para producir, de hecho, los efectos que las normas pretenden alcanzar. Ferrari, *op. cit.* p. 282.

cauces, funcionamiento, motivaciones y operatividad, todo con la intención de contar con un bagaje doctrinal que sustente el tratamiento de los acuerdos alcanzados a través de los MASC y su eficacia.

7. En el segundo capítulo, dejando atrás el plano meramente dogmático, se aterrizará en el contexto legal internacional de la mediación y el arbitraje, pues estos son los únicos instrumentos sobre los que se hará un estudio jurídico. Tomando en consideración que el objeto de investigación de la presente memoria doctoral es la eficacia de los acuerdos y los laudos alcanzados a través de los MASC, el enfoque que debe ser adoptado va direccionado a la incidencia del cúmulo normativo existente en la esfera internacional.

En ese sentido, será menester destacar el papel que han jugado las organizaciones internacionales en la promoción y perfeccionamiento de los MASC como mecanismos eficaces. Así, desde el seno de la Organización de las Naciones Unidas es particular el impulso otorgado a los MASC, mediación y arbitraje en particular, desde la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que, a fecha de hoy, con la creación de sus Leyes Modelo sobre MASC se ha conseguido revolucionar su concepción, aceptación y funcionamiento, no solo en España y México, sino en el mundo entero. Si bien, la Ley Modelo sobre Arbitraje ha tenido un éxito

mayor en su adaptación por los ordenamientos estatales que la Ley Modelo de Conciliación¹⁴.

Por otro lado, el marco convencional existente en materia de MASC, aunque normalmente referido al arbitraje, se ha configurado como verdadero baluarte que determina la eficacia de los MASC, redefiniendo la circulación internacional de los laudos arbitrales con innegable incidencia en la procuración de su eficacia en los sistemas jurídicos español y mexicano¹⁵. La eficacia del arbitraje es ampliamente reafirmada por el marco convencional lo cual no pasa en materia de mediación. Por eso, hemos querido solventar la situación realizando un análisis teórico de la eficacia de los acuerdos de mediación trasfronterizos. Se estima que el contexto normativo ha coadyuvado al fortalecimiento de un plano consistente en la obtención de las condiciones necesarias para hablar propiamente de acuerdos de mediación y laudos arbitrales eficaces en todo el rigor de la expresión, lo que determina la necesidad de elaborar un análisis sobre el contexto internacional de los MASC circundante en España y México.

Finalmente, se tiene prevista, para el capítulo referido, la realización de un análisis de los instrumentos comunitarios que en los últimos años han marcado una tendencia

¹⁴ Mientras que la Ley Modelo sobre arbitraje internacional ha sido adoptada por más de 50 Estados, El desarrollo de la normativa de mediación (conciliación) no es tan acabada, armonizada y completa como la del arbitraje. La Ley Modelo sobre la Conciliación Comercial Internacional ha tenido una acogida muy discreta al haber sido incorporada por tan sólo siete países con algunos Estados norteamericanos.

¹⁵ Sobre el movimiento mundial de los MASC y su asimilación en el ordenamiento español véase ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, *“La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral”*, Comares, Granada, 2009. pp. 77-98.

que han redefinido la concepción de los MASC en Europa, sobre todo en lo referido a la eficacia de los acuerdos alcanzados a través de estos métodos. Así, mediante una consulta general hecha a modo de diagnóstico en los Estados parte de la Unión Europea, condensada en el Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil, se han puesto de manifiesto una concepción generalizada sobre los MASC, en buena parte traducida en reglamentación indirecta de la mediación hecha de forma descendente a través de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles (DME).

9. El análisis del contexto legislativo de los MASC en España y México ha sido el tema enmarcado en el tercer capítulo. En él se ha pretendido un estudio comparativo de las normas referidas a los MASC que actualmente imperan en ambos Estados. Para ello, se ha considerado importante comenzar desde el ámbito constitucional, sobre todo después de la reforma procesal penal constitucional mexicana, de 18 de junio de 2008, mediante la cual se elevaron a rango constitucional los MASC en la República Mexicana¹⁶. Posteriormente, el capítulo se ha dividido en dos vertientes claramente diferenciadas. Por un lado, el análisis legislativo en materia de mediación y

¹⁶ El contenido fundamental de la reforma procesal penal constitucional en México es la sustitución del sistema de corte inquisitivo con una de carácter acusatorio, *Cfr.* FONDEVILA, Gustavo y VARGAS MEJÍA, Alberto, *“Reforma procesal penal: sistema acusatorio y delincuencia organizada”*, Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia, Nº 15-16, 2010. pp. 19-20; para un tratamiento integral de la reforma véase GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *“La reforma penal Constitucional”*, Porrúa, México, 2008. Sin embargo, acompañaron a esta reforma otras importantes transformaciones en el sistema jurídico mexicano como la contemplación de los MASC a nivel constitucional, no sólo al ámbito de lo penal, sino que se opta por la liberalidad en su implementación en todas los sectores jurídicos donde la Ley lo autorice (como el área penal para algunos supuestos), o cuando lo comprometido, a través de un MASC, sea disponible para las partes (p. ej., en México no se pueden resolver fuera de la sede judicial cuestiones relativas al estado civil y los atributos de la personalidad).

conciliación; y por el otro lado, el respectivo al arbitraje. Esto obedece a que los legisladores en España y México han optado por una reglamentación independiente y bien diferenciada de la mediación respecto del arbitraje comercial.

Respecto de la legislación en materia de mediación se ha realizado un estudio comparado en orden cronológico dividido en la experiencia legislativa mexicana y, separadamente, en lo respectivo para el caso español. Se plantea comenzar con el caso mexicano, pues fue el primero en contar con experiencia legislativa en la materia. En lo relativo al arbitraje, tomando en cuenta que respectivamente existe un sólo cuerpo legislativo en ambos países, serán tomadas en cuenta las últimas reformas legales acontecidas en enero de 2011 en México y en mayo del mismo año en España, sobre todo en aspectos con relevancia en la eficacia de los laudos arbitrales.

10. Con la elaboración de los anteriores capítulos se pretende determinar el estado del arte de los MASC en España y México. Esto allanará el camino para entrar de lleno en el estudio sobre la eficacia de los acuerdos de mediación y laudos arbitrales, tópicos a todas luces especializados. No obstante, en este punto, se avista una bifurcación en la investigación consistente en el tratamiento separado del acuerdo de mediación y del laudo arbitral por tres motivos fundamentales: la mediación es un método de carácter autocompositivo y el arbitraje es heterocompositivo; existe un marco normativo claramente diferenciado en ambos mecanismos y; es estimable que el laudo arbitral y el convenio de mediación tienen distinta naturaleza.

11. El acuerdo de mediación hasta el momento, por lo menos a la luz de la doctrina española y comparada, no ha sido analizado en profundidad. Las pocas referencias, de ordinario, se decantan por hacer una equiparación con las “*transacciones*”¹⁷. Sin embargo, no ha sido localizado un sólo estudio exhaustivo que sostenga dicha afirmación con fundamentación satisfactoria bajo la lente de la Ciencia del Derecho. Ante lo cual, y sin ánimo de desmerecer, se entiende que debe ser superada toda elucubración o manifestación sustentada en la mera orientación jurídica sobre el tema. Existe, pues, un grave problema de definición. De ahí que, el capítulo cuarto estará dedicado a estudio del acuerdo de mediación y sus efectos jurídicos.

Sin la localización del acuerdo de mediación resulta imposible entrar el estudio de su eficacia. Desde la óptica del Derecho sería muy difícil valorar y cuantificar un efecto si no se conoce el fenómeno que lo ha originado. Para el estudio del acuerdo de mediación se debe comenzar por el principio. El primer paso consistirá en determinar su naturaleza jurídica, por lo cual, retrotrayéndonos al punto de partida de la Ciencia del Derecho, debe ser localizado como acto jurídico, con miras a estar en posibilidad de sostener su origen contractual. Así, la poca evidencia existente sobre la naturaleza del acuerdo de mediación ha fijado el rumbo de la investigación y permite proponer la valoración jurídica del acuerdo de mediación a la luz de la teoría de las obligaciones.

¹⁷ Cuando se hace referencia al contrato de transacción se suelen incluir supuestos que no son verdaderas transacciones al tenor de lo estipulado en el Código Civil. LÓPEZ BARBA, ELENA M^a, “*El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento*”, Laborum, Murcia, 2001. p. 25.

Una vez que sea posible determinar la naturaleza contractual del acuerdo de mediación, el paso siguiente será ponderar las causas que lo dotan de existencia y validez. Es bien sabido que a la luz del Ordenamiento español los contratos deben reunir tres elementos de existencia: el consentimiento, el objeto y la causa¹⁸. Se pretende determinar, fundamentalmente, la forma y el momento exacto en que se integra el consentimiento en el proceso de negociación asistido que precede la consecución del acuerdo de mediación. A su vez, determinar su objeto y encontrar la causa que les da origen. Es importante recordar que no basta con que un contrato exista para que cobre plena relevancia en la realidad jurídica, también es necesario que sea válido. Por eso, en el curso del capítulo es importante estudiar la incidencia de los elementos de validez sobre la eficacia de los acuerdo de mediación.

Finalmente, se ha propuesto analizar los presupuestos mínimos que deben ser cumplidos para que sea susceptible de desplegar eficacia plena en contraposición a la posibilidad de impugnación. De esta forma, se ha realizado un análisis detallado de la seguridad jurídica que debe garantizar gracias a la forma que reviste esta clase de acuerdos. A su vez, la asunción del acuerdo como cosas juzgada como factor de delimitación de un eventual estado de inimpugnabilidad e inmutabilidad y, por último, el carácter ejecutivo del acuerdo como garantía de eficacia plena.

¹⁸ El sistema mexicano no adopta la tesis causalista sobre el contrato. El Código Civil habla, en su lugar, del fin o motivo lícito de las obligaciones. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *"Derecho de las Obligaciones"*, 14ª edición, Porrúa, México, 2002. P. 351. Sin embargo, el tema será abordado desde la perspectiva española, pues el establecimiento de la causa (inmutable) del acuerdo de mediación en poco o nada afecta la perspectiva desde la óptica del Derecho comparado, finalmente la causa del contrato al igual tiene que ser lícita.

12. El quinto capítulo se ha dedicado al estudio exhaustivo de la nueva concepción sobre eficacia de los laudos arbitrales en España y México. A modo de preámbulo, se plantea un rápido repaso sobre la naturaleza del laudo arbitral que permita la exploración de los presupuestos de eficacia. Hasta el momento existen importantes referencias doctrinales sobre los presupuestos de validez de las sentencias arbitrales, lo cual, no hace más que reforzar la necesidad de la elaboración de un estudio específico y puntual sobre los requisitos o presupuestos mínimos que deben ser cumplidos para que el laudo cumpla con su propósito, al ser tomado en cuenta por el Derecho, como pieza de juzgamiento válido y definitivo. Se renuncia a la exploración de los cauces procesales contemplados para el momento posterior a la orden de ejecución material del laudo. Por el contrario, se pretende un estudio que delimite las causas y efectos que conducen a ese punto.

El primero de estos presupuestos consiste en la congruencia del laudo en el encuadramiento del proceso lógico de resolución como respuesta a la solicitud de justicia emanada de las partes. En segundo término, la motivación del laudo, o la ausencia de ésta y su incidencia en el cumplimiento de los requisitos procesales mínimos esperados en cualquier procedimiento de carácter jurisdiccional como presupuesto para la eficacia del laudo. Posteriormente la presunción de legalidad del laudo, principalmente en el aspecto sustantivo, en conexión con la equiparación del laudo con la sentencia judicial.

De otro lado, se harán consideraciones sobre la eficacia desplegada por el laudo, primero, en un aspecto primario, derivado de su propia existencia en la realidad jurídica una vez que ha sido notificado a las partes, para después pasar a un aspecto de eficacia plena garantizada por el afianzamiento de los efectos de la sentencia arbitral con una proyección definitiva y de cara al futuro determinada por el instituto de la cosa juzgada en los aspectos formal y material, eficacia plena garantizada definitivamente por el carácter ejecutorio del laudo arbitral. Finalmente, se analizarán la posibilidad de impugnación del laudo arbitral, las acciones previstas para ello y la incidencia de su existencia en el sistema procesal sobre los efectos de eficacia primaria y luego definitiva del laudo arbitral.

METODOLOGÍA

1. La determinación del estado del arte sobre un tema específico es necesaria cuando a la luz de cualquier ciencia social se pretende abordar problemas que atañen a esquemas sistémicos, especialmente en aquellos que versan sobre la resolución de conflictos, lo cual, a la postre, otorga a la posibilidad de sustentar un estudio que conduzca a conclusiones sólidas. En materia de eficacia de los Métodos Alternos de solución de conflictos (MASC), como se adelantó en el apartado introductorio, existe una falta de nitidez que impide visualizar de forma clara las consecuencias jurídicas de la suscripción de esta clase de acuerdos. Esto se debe a la falta del establecimiento de principios y valores que permitan definir el alcance de mecanismos jurídicos como la mediación y la conciliación y su impacto en el mejoramiento del sistema de justicia Estatal.

2. En este caso, el Derecho comparado es especialmente útil, pues, si tras la fijación de la hipótesis se concluye preliminarmente la falta de soluciones convincentes por en un sistema jurídico concreto, se tienen que analizar sistemas circundantes para determinar las soluciones conseguidas en otros lugares o ámbitos. El principio metodológico básico de toda actividad comparativa del Derecho es la funcionalidad, no se puede comparar lo incompatible¹⁹. Con la adopción de este punto de vista, la comparación de los sistemas español y mexicano es factible desde que comparten

¹⁹ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introducción al Derecho comparado*, Oxford, México, 2002, pp. 38-39.

problemas similares, pero aportan soluciones distintas para llegar a soluciones comunes, en este caso, en lo referido a la garantía de eficacia de los acuerdos y laudos arbitrales conseguidos a través de los MASC.

Por eso, es importante realizar la observación del sistema de fuentes, lo cual, en principio, nos ubica en el tratamiento doctrinal de los MASC a partir del deductivismo²⁰. Esta determinación metodológica es necesaria para establecer, caso por caso, tras ser observados de forma aislada cada uno de los MASC de mayor relevancia, la posibilidad de eficacia del producto resolutivo consistente en un acuerdo o laudo arbitral. Planteada la hipótesis, es necesaria la determinación del contexto internacional a modo de precedente y sustento en la comprensión de las causas que originaron el estado interno.

Esta operación es fundamental para la construcción de una taxonomía útil en el diseño de reagrupamientos donde colocar los datos que determinen la diversidad y similitudes en un sistema y otro²¹. Esta taxonomía permite la identificación de aspectos que revelen las soluciones dadas en la salvaguarda de la seguridad jurídica que deben garantizar los MASC. Así, utilizado el método comparativo es posible ubicar

²⁰ Sobre el deductivismo, Moran Blanco señala que consiste en el estudio de los principios doctrinales para descender de la realidad internacional del día, a la aprehensión de esos principios en las situaciones internacionales concretas. MORÁN BLANCO, Sagrario, *“Metodología e investigación científica en las ciencias sociales. Especial referencia a la disciplina de las relaciones internacionales”*, en GONZALO QUIROGA, Marta, GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y SÁENZ LÓPEZ, Karla Annette Cynthia, *“Metodología de las ciencias sociales”*, Dykinson, en prensa.

²¹ AJANI, Gianmaria, ANDERSON, Miriam, ARROYO AMAYUELAS, Esther y PASA, Barbara, *“Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales”*, Universitat, UE, 2010. pp. 29-30.

las distintas fuentes legislativas a partir de las cuales fue realizado el análisis en orden cronológico y, así, generar una crítica del proceso evolutivo de acuerdo a las características de cada una de ellas. De este modo, es posible la ubicación del ajuste comparativo en un marco simétrico que encuadre los principios contenidos en los sistemas español y mexicano que revelen el grado de eficacia de las soluciones aportadas por los MASC.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN DOCTRINAL A LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC).

1. ¿Qué son los MASC?

1. Para hacer frente a un estudio completo sobre la eficacia de los acuerdos alcanzados a través de los Métodos alternos de solución de conflictos (MASC), se ha de comenzar por hacer una aproximación básica que describa cómo funcionan los procesos que dan origen a dichos acuerdos. En el presente capítulo se abordarán los MASC más estudiados, difundidos e implementados a nivel mundial. Es menester centrarse en el sistema jurídico español y mexicano, donde distintos MASC como: la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, han incrementado su popularidad y por ende existe cada vez un mayor de acuerdos vinculantes comparativamente con otros MASC²².

Los MASC entendidos como técnicas aplicables a un caso concreto para encontrar la solución al conflicto²³ son voluntarios, flexibles, y se constituyen como una alternativa al sistema tradicional de justicia estatal. En el presente capítulo se hará una descripción detallada de los principales métodos alternos de solución de conflictos (MASC). Lejos de pretender hacer un estudio exhaustivo de cada uno de ellos, se intenta crear esbozo introductorio, a modo de marco integral, para así entrar en la materia gradualmente y, posteriormente abordar en los capítulos sucesivos cuestiones especializadas como la naturaleza y eficacia acuerdos alcanzados a través de los MASC.

²² Mientras que otros MASC como el oyente natural o el mini-trial gozan de gran aceptación en otros sistemas jurídicos como el norteamericano, su utilización es mínima en España y México y su exploración y desarrollo doctrinal y legislativo actualmente es muy incipiente.

²³ GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. y STEELE GARZA, José G., "Métodos *alternativos de solución de conflictos*", Oxford, México, 2008. p. 17.

Para dotar de sentido y coherencia sistémica al presente trabajo de investigación, es importante darse a la tarea de informar previamente a través de un panorama general sobre los métodos alternos, su variada implementación y los ámbitos donde son aplicados, al fin y al cabo, se pretende establecer lineamientos generales sobre los acuerdos alcanzados a través de los MASC y, esto es imposible si no se conoce primero el proceso que les da origen, en otras palabras, se debe conocer el proceso para conocer el producto. Por otro lado, es importante analizar cuidadosamente su marco regulatorio en tres niveles: El internacional, pasando por el regional, para finalizar en ámbito Estatal²⁴. Comenzaremos con el método de arreglo básico por definición; La negociación, cuyo estudio se traduce en prelude de todo, y hablando de MASC todo parte de ella.

1.1. Negociación

2. Si se pretende estudiar la negociación por lo menos a un nivel básico, es necesario elaborar un marco conceptual para definirla adecuadamente, la mayor parte de los conceptos que se agrupan a lo largo de presente apartado servirán como cimiento donde se fundan los demás métodos alternos.

²⁴ Se hace referencia al caso español y mexicano.

1.1.1. Marco conceptual

3. La negociación vista como el más elemental de los MASC puede ser conceptualizada como una herramienta, algunas veces más bien compleja, útil para componer una situación de conflicto en la que entre dos o más partes con intereses comunes pero opuestos. Constituye un eficiente procedimiento autocompositivo para dirimir controversias y alcanzar un convenio exitoso²⁵, en tales procesos se deben tomar en cuenta diferentes elementos propios de las partes y el conflicto: las necesidades y pretensiones de las partes, la carga emocional, el tipo de negociador, al ámbito en el que se sitúe la controversia, etc.

Esta forma de solucionar conflictos está presente de forma ordinaria y constante a todos los ámbitos (nacionales e internacionales, públicos y privados). La acción de negociar ha sido calificada, y no sin razón, de “*ubicua*”, pues se encuentra presente en prácticamente en todos los aspectos de la vida²⁶. Dentro de la negociación existe un binomio consistente en el surgimiento posiciones alejadas, que indica la presencia de por lo menos dos individuos y la necesidad de toma de decisiones.

²⁵ COLAIÁCOVO, Juan Luis, “*Negociación moderna teoría y práctica: aplicaciones a contratos comerciales, domésticos e internacionales, conflictos organizacionales y negociación colectiva del trabajador*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998. p. 15.

²⁶ MUTHOO, Abhinay, “*A non-technical introduction to bargaining theory*”, World Economics, Vol. 1, num. 2, 2000. pp. 145-146.

Según Gifford la negociación se reduce a “*dos partes cara a cara regateando*”. Se entiende en contraposición al proceso judicial, consiste en la presentación evidencia y argumentos a un tercero por parte de los abogados, llámese juez o un jurado en espera de su decisión. La negociación puede ser entendida como un proceso en el que dos o más participantes intentan alcanzar una decisión sobre cuestiones de importancia común, en situaciones donde existe un desacuerdo o riesgo potencial de éste²⁷.

4. Muthoo establece una clara diferenciación entre una situación de negociación y la negociación en sí. La primera es aquella en la que dos individuos u organizaciones pueden comprometerse en una situación de trato, pero tienen conflicto de intereses en cuanto a los términos de ésta, en otras palabras, es una situación en la que dos jugadores tienen interés comunes en cooperar, pero a la vez, tienen intereses encontrados sobre como cooperar exactamente, y la negociación por definición se entenderá como el proceso en el cual dos partes tratan de alcanzar un acuerdo²⁸.

La negociación está presente en todos los ámbitos de la vida humana y es utilizada a partir de la infancia a lo largo de toda la vida. La resolución negociada de posturas encontradas o aspiraciones divergentes forman parte de la vida cotidiana. Es parte inherente del hombre mismo, aunque se reconocen diferentes grados de pericia. Se

²⁷ GRIFFORD, Donald G., “*Legal negotiation: theory and applications*”, West Group, USA, 1989. pp. 2-3.

²⁸ Véase MUTHOO, *op. cit.* p.146-147 y ALCAIDE GUINDO, Cristina, “*Las soluciones posibles en el marco de la OMC para promover un acceso asequible a los medicamentos*”, Boletín Económico del ICE, Nº 2725, del 8 al 21 de abril de 2002. pp. 29-31.

dice que la negociación se dilata más allá de los lindes de la habilidad alcanzando la técnica²⁹, empero, estamos ante un procedimiento voluntario predominantemente informal, no estructurado³⁰, que las personas desarrollan de forma natural. Existen tres elementos primarios que tomaremos en cuenta para explicar en términos generales lo que es la negociación: el conflicto, la figura del negociador y la estrategia que seguirá éste para llegar a un acuerdo satisfactorio³¹.

1.1.2. El conflicto

5. El conflicto es consecuencia de relaciones interdependientes. Puede surgir tanto de divergencias entre las necesidades de las partes, erróneas percepciones o malos entendidos. También puede surgir cuando ambas partes trabajan para obtener la misma meta y buscan el mismo resultado, o cuando ambas partes buscan resultados diferentes³². En resumen, el conflicto radica en la visión de los individuos (es un concepto subjetivo y no objetivo) de las situaciones cotidianas en general en relación con sus necesidades, valores, recursos y preferencias, en otras palabras, el conflicto es

²⁹ COSTA GARCÍA, Mercedes, "Negociación", en HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (Coord.), "Sistemas de solución extrajudicial de conflictos", Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006. pp. 17-18.

³⁰ HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ Gladys S, "Mediación para resolver conflictos", 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996. p. 119.

³¹ No entraremos al estudio del proceso y técnicas de negociación pues se excederían los límites del presente trabajo de investigación.

³² LEWICKI, Roy J., SAUNDERS, David M. y BARRY, Bruce, "Negotiation", 5ª edición, McGraw-Hill, Singapore, 2006. p. 18.

aquello que los individuos perciben como tal³³. En sentido estricto puede ser definido como “una percibida divergencia de intereses³⁴”.

6. El conflicto constantemente aparece entre grupos u organizaciones o al interior de éstas, su espectro puede alcanzar diferentes escalas sociales, en otras palabras, puede presentarse entre dos individuos, también como un fenómeno proveniente de las insatisfacciones colectivas obligando a que el ordenamiento disponga las medidas necesarias para su debido reencauzamiento³⁵. El conflicto tiene una secuencia que ha sido denominado en “*ciclo de la vida del conflicto*” compuesto de 5 etapas: El conflicto latente; La iniciación del conflicto; La búsqueda del equilibrio del poder; El equilibrio del poder y; la ruptura del equilibrio³⁶.

1.1.3. El negociador

7. El negociador juega un papel crucial en los procesos de negociación. De nada sirve una buena predisposición de las partes y sus necesidades, si la gestión de conflicto no se desarrolla adecuadamente. Para eso un buen negociador debe estar

³³ CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo y PADILLA Roberto E., “*Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna*”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997. pp. 116-117.

³⁴ HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ Gladys S, *op. cit.* p. 42. Concuerdan CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E., *op. cit.* p. 119.

³⁵ GONZAÍNI, Osvaldo, A., “*Formas alternativas para la resolución de conflictos*”, Depalma, Buenos Aires, 1995. p. 24.

³⁶ Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, “*Mediación, resolución de conflictos sin litigio*”, Limusa, México, 1992. p. 40; HIGHTON y ÁLVAREZ, *op. cit.* p. 65; DUPUIS, Juan Carlos G., “*Mediación y conciliación*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997. p. 39.

dotado de ciertas habilidades que le permitan optimizar resultados en su gestión entre ellas: debe ser capaz de diagnosticar y comprender a las partes, tener el conocimiento y también habilidad para seleccionar convenientemente a partir de una gama de conductas, estar consciente de sus propios sentimientos y tener capacidad para controlarlos, sobre todo aquellos que puedan tener una incidencia negativa en su perspectiva de diagnóstico y capacidad para actuar adecuadamente³⁷.

La doctrina ha descrito al menos tres tipos de negociadores:

-
- **El negociador duro:** es aquel que tiene como único objetivo la victoria (reclamador de valor);
-
- **El negociador suave:** se preocupa por llevar amistosamente la negociación, su atención se centra exclusivamente en llevarla a cabo procurando siempre que todos ganen (creador de valor) y;
-
- **El negociador por principios:** se centra en la idea de alcanzar el acuerdo separando a las personas del problema, se enfoca en intereses y no en posiciones, utiliza criterios objetivos y conoce las claves del proceso³⁸.
-

Cuadro 1.

³⁷ SCHMIDT, Warren H. y TANNENBAUM, Robert, *“La gestión de diferencias”*, Harvard Business Review, Ediciones Deusto, Bilbao, 2001. p. 9.

³⁸ MARLET, Juan, *“Manual de negociación y mediación: negociaciones empresariales eficaces para juristas y directivos”*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2001. p. 18.

1.1.4. Estrategias de negociación

8. Sea el tipo de negociador que sea o la postura que se decida tomar, se debe asumir una estrategia de negociación³⁹. Esta puede consistir en la creación de un valor que genere alternativas de beneficio mutuo (win-win), o por el contrario reclamar valor, que consiste en ganar a costa de la pérdida del otro (suma cero)⁴⁰ en perjuicio del éxito del proceso. Las negociaciones en distintos niveles (interpersonales, nacionales o internacionales) responderán a mecánicas y magnitudes distintas generando consecuencias previsibles muy diversas, de ello dependerá la actitud que deba asumir el negociador⁴¹. En los siguientes apartados se hará un breve análisis de diversos MASC menos explotados y estudiados en la actualidad española y mexicana.

1.2. El oyente neutral

9. Este MASC consiste en someter las partes a un tercero neutral propuestas para que éste determine si las partes están lo suficientemente cercanas para iniciar

³⁹ Se entiende por estrategia de negociación las actuaciones posibles para cada negociador. Éstas pueden descomponerse en una secuencia de decisiones llamadas elecciones que tienen lugar en los puntos de decisión denominados movimientos. Cfr. FONSECA PEÑA Albero y GARCÍA ALONSO, Lorena, *“Los procesos de negociación comercial entre países: condicionantes internos y externos”*, Boletín Económico del ICE, Nº 2760, del 24 de Febrero al 2 de Marzo de 2003. p. 27. Sobre la estrategia en general Calcaterra señala que *“es el arte de actuar en la incertidumbre”*. CALCATERRA, Rubén A., *“Mediación estratégica”*, Gedisa, Barcelona, 2006. p.75.

⁴⁰ FONSECA PEÑA y GARCÍA ALONSO, *op. cit.* p. 27

⁴¹ Fonseca Peña y García Alonso abordan la cuestión desde una perspectiva meramente internacional de negociación entre países. Sostienen la posibilidad de que cuando una parte quiera asegurar la consecución del acuerdo y, esté dispuesta aceptar una ganancia menor a la que si su actitud en el juego fuera más firme y estuviera dispuesta aceptar el costo de no alcanzar el pacto, se crea una situación de riesgo, pues al asumir una postura conciliadora en perjuicio del acuerdo, la parte contraria puede tomar tal postura como signo de debilidad, respondiendo con el endurecimiento de sus exigencias. FONSECA PEÑA y GARCÍA ALONSO, *op. cit.* p. 27.

un proceso de negociación⁴². Evidentemente las resoluciones a que se llega por medio de este MASC son un consejo no vinculante que ayuda a las partes para tener una mejor comunicación durante una negociación.

1.3. Mini-trial y summary jury trial

10. El mini-trial es un método de resolución de controversias común en los Estados Unidos de Norte América y su popularidad se ha visto incrementada en el área de la construcción. Por el contrario en España y México se ha mantenido subutilizado y a fecha de hoy es raro ver casos prácticos. En el mini-trial deben intervenir las siguientes partes: los directores generales de las partes en conflicto y un tercero imparcial que puede hacer las veces de moderador (normalmente un juez retirado, o un jurista que tenga más o menos esas características), estos presidirán el proceso, el cual, seguirá el formato de una audiencia judicial según las reglas fijadas voluntariamente por las partes en una reunión preliminar⁴³.

Cada una de las partes a través de sus abogados presentará el caso normalmente en un espacio de tiempo determinado, si las partes lo estiman conveniente podrán presentar pruebas. Al final de las intervenciones los directores generales tendrán la facultad de negociar y acordar una solución con la opción de pedir al tercero neutral

⁴² ESTAVILLO CASTRO, Fernando, *"Medios alternativos de solución de controversias"*, Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 26, 1996. p. 383.

⁴³ RAY, Michael C., *"Alternative dispute resolution: the mini-trial approach"*, AACE International Transactions, 2000. pp. 14.1-14.3.

que emita una opinión consultiva de acuerdo a las circunstancias del caso⁴⁴. Esta opinión será vinculante solamente si las partes así lo acuerdan. Cuando el proceso se lleva a cabo en presencia de un jurado simulado, se conoce como Summary Jury Trial.

1.4. La transacción

La transacción es un contrato contemplado en el Código Civil⁴⁵ mediante el cual las partes, sin la intervención de nadie⁴⁶ se hacen recíprocas concesiones para prevenir o solucionar un conflicto. Como se verá más adelante existen particularidades que delimitan perfectamente la transacción de la mediación/conciliación tales como el proceso de formación del consentimiento y la naturaleza del acuerdo que de uno y otro emanan.

⁴⁴ Cfr. TROCCHIO, Carole M., "Designing a dispute resolution sistem", Franchising World, Sep/Oct, 1992:6. SHELLEY, S. y KOYASAKO, S.K., "Resolving environmental disputes without litigation: Devising a settlement outside a courtroom can save significant time and money". Chemical Engineering, Vol. 105, Nº. 5.

⁴⁵ Código Civil español Arts. 1809 al 1819 y Código Civil Federal mexicano 2944 al 2963.

⁴⁶ VALDÉS SÁNCHEZ, Roberto, "La transacción solución alternativa de conflictos", 2ª edición, Legis, Colombia, 1998. p. 55.

1.5. Consultas

11. Consisten en el intercambio de informaciones respecto de un tema concreto⁴⁷ con el fin de aclarar una controversia. Previstas en diversos instrumentos internacionales verbigracia el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Controversias (ESD)⁴⁸, las consultas son un Método utilizado para solucionar controversias en foros internacionales⁴⁹, algunas veces como prerequisite para la puesta en marcha de mecanismos heterocompositivos de solución de controversias como el arbitraje. A modo de ejemplo el art. 4.7 del ESD señala que una vez transcurrido un término de 60 días a partir de la solicitud de las consultas se podrá solicitar el establecimiento de un grupo especial (panel arbitral), en este caso concreto la obligación de iniciar un proceso de consultas puede quedar sin efecto si así lo convienen ambas partes⁵⁰.

1.6. Los buenos oficios

12. El análisis sobre los buenos oficios se hizo en contraste con la mediación internacional. Se remite al lector al apartado 2.7 del presente capítulo⁵¹.

⁴⁷ Por ejemplo, la adopción de medidas provisionales en caso de resultar positiva alguna investigación en casos de dumping. Véase el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio de 1994.

⁴⁸ Art. 4 ESD.

⁴⁹ En el mismo sentido CRUZ BARNEY, Oscar, *“Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias”*, *Ars Iuris*, Núm. 24, 2000. p. 151 y ESTAVILLO CASTRO, *op. cit.* p. 383.

⁵⁰ Art. 4.3 ESD.

⁵¹ El apartado al que se remite versa sobre una comparativa entre la mediación pública y privada.

2. Mediación

13. Los principios que rigen la mediación son aplicados por extensión a la conciliación, tanto el marco conceptual y los principios de la mediación que se verán líneas abajo, son aplicables a ambos MASC, salvo cuando se hagan precisiones correspondientes.

2.1. Marco conceptual

14. La creación de un marco conceptual mínimo es paso obligado y de previo estudio para comprender de forma integral los acuerdos derivados de un procedimiento de mediación⁵². Este MASC en los últimos 40 años se ha convertido en uno de los de mayor aceptación gracias al crecimiento del debate doctrinal en torno a la figura, y la expansión de su implementación a un cada vez mayor número de conflictos en las más diversas aéreas jurídicas. Si bien es cierto que el estudio científico de la mediación es más o menos novedoso, la mediación en sí, no lo es. Existen casos de mediación registrados desde los primero libros históricos chinos, los cuales datan de más de 4000 mil años de antigüedad⁵³, donde el enfoque mediador más que

⁵² Véase Capítulo IV *infra*, donde se estudian a los acuerdos de mediación.

⁵³ Cfr. CAO, Pei, "The origins of mediation in traditional China", *Dispute Resolution Journal*, May 1999; 54, 2; ABI/INFORM Global. pp. 32-35.

constituir una alternativa para la solución adversarial de conflictos era la primera opción para la composición de las partes⁵⁴. El caso Chino no es el único.

La mediación ha existido a lo largo de la historia en muchas culturas. La escandinava, en algunas tribus africanas, en los kibbutzim israelíes, en Europa Continental, concretamente ya en España se contaba con el Tribunal de Aguas de Valencia a partir del año 1238 hasta la actualidad⁵⁵ y Consejo de Hombres buenos de Murcia instaurado a partir de las Ordenanzas del Rey Alfonso X el Sabio en 1262. Otra aportación a la vida práctica de la mediación es introducida por la Iglesia Católica, donde el sacerdote ha desempeñado tradicionalmente el papel de facilitador sobre todo en desavenencias familiares. En el Nuevo Testamento existen referencias que han alentado la consolidación de la mediación⁵⁶.

15. A pesar del largo andar de la mediación al lado de la humanidad es hasta finales de los años 60's y mediados de los 70's, donde comienza un fenómeno de intensificación en su desarrollo y aplicación en áreas concretas, sobre todo en los

⁵⁴ KOVACH, Kimberlee K., *"Mediation: principles and practice"*, 2ª edición, West Group, St. Paul, 2000. p. 25.

⁵⁵ GALEOTE MUÑOZ, María Pilar, *"Mediación"*, en HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (Coord.), *"Sistemas de solución extrajudicial de conflictos"*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006. pp. 61-62, y KOVACH, *op. cit.* p. 25.

⁵⁶ Folberg y Taylor sostienen que esa tradición es consecuencia de la recomendación que hace San Pablo a la Comunidad Católica para que, en lugar de acudir a los tribunales, resolvieran sus conflictos nombrando a personas de su mismo entorno, véase 1 Corintios 6: 1-4. Existen otras referencias bíblicas como Mateo 5:9 *"Felices los que trabajan por la paz, porque serán reconocidos como hijos de Dios"*, FOLBERG y TAYLOR, *op. cit.* pp. 22-23.

Estados Unidos de Norte América⁵⁷, concretamente su utilización fuera de la esfera del Derecho Internacional Público⁵⁸. La cuestión viene a incrementar su uso y difusión a nivel global. Al respecto, Boqué explica como su utilización en diversas ramas (comunitario, laboral, escolar, penal, internacional entre las más desarrolladas) ha generado una sinergia de exportación por el norte a Canadá y al sur hacia América Latina, lo que posteriormente generaría su introducción a Europa⁵⁹.

16. Desde hace por lo menos 4 milenios distintas sociedades, muchas de ellas sin comunicación con el exterior o relación de ningún tipo entre sí, han coincidido en la necesidad de gestionar los conflictos de una forma pacífica, en detrimento de medidas adversariales como el litigio o formas violentas como la venganza privada o la Ley del Talión. Es común que los conflictos mal gestionados tomen dimensiones mayúsculas, en algunas ocasiones con trascendencia social significativa, eso pone al descubierto los efectos negativos de un problema descontrolado. Cuando un conflicto es

⁵⁷ El primer precedente sobre una organización destinada a brindar servicios de mediación es la Federal Mediation and conciliation service instaurada en 1947 y destinada a la aplicación de la mediación en las relaciones laborales.

⁵⁸ Highton y Álvarez explican como en las relaciones internacionales se ha venido implementado la mediación de forma reiterada para la pacificación de las controversias surgidas entre diferentes Estados, lo que ha constituido una herramienta consagrada en el Derecho convencional. P. ej., su inclusión dentro del artículo 4º de la Primera Conferencia de la Paz de la Haya, realizada el 18 de mayo y el 29 de julio de 1899, donde se vino a perfeccionar el concepción de mediación en ese ámbito. HIGHTON y ALVAREZ, *op. cit.* pp. 144-148.

⁵⁹ BOQUÉ TORREMORELL, Maria Carme, *"Cultura de mediación y cambio social"*, Gedisa, Barcelona, 2003. pp. 15-18. Para un mayor abundamiento sobre el tema de la mediación en Estados Unidos de Norte América y Canadá desde sus inicio hasta su estado actual véase BUTTS GRIGGS, Thelma, *"La mediación en Norte América"*, en SOLETO MUÑOZ, Helena y OTELO PARGA, Milagros (Coords.), *"Mediación y solución de Conflictos: habilidades para una necesidad emergente"*. Tecnos, Madrid, 2007.

adecuadamente tratado y, por lo tanto, detenida su inercia natural de crecimiento⁶⁰ significa un avance tendiente a alcanzar un estado armónico a nivel social y personal.

17. La uniformidad conceptual que hace la doctrina (por lo menos en principio) de la mediación es notoria. En términos generales ha sido concebida como una negociación asistida⁶¹, donde un tercero emplea determinadas técnicas para ayudar a las partes a concluir un acuerdo satisfactorio y duradero. Se trata de un método dotado de mayor complejidad que la negociación gracias a los elementos personales que en él intervienen: las partes, el facilitador y las técnicas utilizadas para lograr su objetivo⁶². La mediación no se opondrá nunca al proceso judicial, por el contrario, se trata de lo que Gonzalo Quiroga define como *“una salida verdaderamente alternativa”*⁶³, es decir, una vía que surge como mecanismo previo al proceso judicial o una vez iniciado éste, que bien puede ser visto como un paréntesis encaminado a solventar la diferencia, parte de ella ó, en el peor de los casos, acotar puntos litigiosos.

⁶⁰ Con esa afirmación no se pretende fijar como regla general que el conflicto forzosamente crecerá una vez que se ha suscitado, más bien, coincidimos con Caivano respecto de que el conflicto no puede ser considerado como algo estático, su evolución dependerá de la reacción de las partes ante él. Véase CAIVANO, GOBBI y PADILLA, *op. cit.* p. 122.

⁶¹ PORTELA, Jorge Guillermo, *“Características de la mediación”*, en SOLETO MUÑOZ, Helena y OTELO PARGA, Milagros (Coords.), *“Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente”*, Tecnos, Madrid, 2007. p. 217.

⁶² Dentro del presente análisis no se abordará el estudio exhaustivo de las técnicas de mediación por estar fuera del alcance del presente trabajo de investigación.

⁶³ Cfr. GONZALO QUIROGA, Marta, *“Métodos alternos: una justicia más progresista y universalizadora”*, en GONZALO QUIROGA, Marta, GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. (Eds.) y SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo (Coord.), *“Métodos alternativos de solución de controversias: herramientas de paz y modernización de la justicia”*, Dickinson, España. 2011.

La mediación es un entendimiento facilitado⁶⁴ donde un tercero neutral colabora para que las partes libremente lleguen a un acuerdo satisfactorio mediante la negociación, el intercambio de información y en general la comunicación⁶⁵, ya sea en instancia judicial o fuera de ella. De las definiciones sobre mediación se deduce la existencia de tres elementos indispensables: Por lo menos dos partes, un tercero encargado de coadyuvar en la resolución de tal conflicto y la existencia de una controversia. El acuerdo de mediación queda desplazado a un grado accesorio, pues el desarrollo del proceso no garantiza su consecución.

2.2. Características de la mediación

18. Sobre las características que revisten la mediación se pueden mencionar varios principios universalmente reconocidos: la voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, imparcialidad, economía, carácter dispositivo y rapidez. A continuación se hará una descripción de cada una de ellas⁶⁶.

⁶⁴ CASTANEDO ABAY, Armando, *“Mediación: alternativa para la resolución de conflictos”*, Advocatus, Córdoba, 2000. p. 9

⁶⁵ SOLER MENDIZÁBAL, Ricaurte, *“El arbitraje, la conciliación y la mediación: métodos alternos de solución de conflictos”*, Imprenta Universal Books, Panamá, 2002. p. 8.

⁶⁶ Tomando en cuenta la cercanía de la la mediación y la conciliación, las características analizadas en esta sección aplican a ambos MASC.

2.2.1. Voluntariedad

19. Posiblemente estemos ante la principal y más notoria característica que ha difundido y popularizado la implementación de la mediación. Su aplicación se actualiza en dos momentos distintos: primero cuando las partes en conflicto acceden libremente al procedimiento (sesión informativa), para después pasar a lo largo de todo el procedimiento a una etapa donde las partes son libres de abandonar el procedimiento en cualquier momento. Este principio no es exclusivo de la mediación. Aplica a prácticamente a todos los MASC, si acaso, con ciertas particularidades en el arbitraje.

La diferencia respecto de la aplicación del principio de voluntariedad en la mediación y al arbitraje consiste en que las partes, no obstante al suscribir libremente y por propia voluntad el acuerdo arbitral, éste crea un efecto vinculante y solamente renunciabile de común acuerdo para acudir al procedimiento y permanecer en él de forma obligatoria. El procedimiento arbitral será voluntario, solamente hasta la suscripción del pacto arbitral, por eso estamos ante un principio de voluntariedad limitado.

20. Existen países como Argentina donde se ha legislado la obligatoriedad de la mediación prejudicial para algunos supuestos. En ese Estado el 15 de abril de 2010 se

sancionó la Ley 26.589 de Mediación y Conciliación que, en el artículo primero consagra la mediación prejudicial obligatoria para algunos supuestos⁶⁷, y para asegurar su objetivo el art. 2 impone como requisito acompañar a la demanda judicial acta expedida y firmada por el mediador interviniente⁶⁸. Conviene proceder con cautela y detenernos a analizar si realmente esta Ley trastoca el principio de voluntariedad.

El artículo 7 inciso b) paradójicamente consagra como principio fundamental del proceso, la libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación, después en el inciso h) segundo párrafo⁶⁹ establece que en la primera sesión el mediador debe explicar los principios que rigen el procedimiento. Haciendo una interpretación relacionada todos los elementos regulatorios impuestos por dicha ley se puede llegar a la conclusión de que se obliga exclusivamente a recibir esta sesión informativa y no a la permanencia en el proceso de mediación.

Informar y mediar son cosas distintas. Aún considerando que dicha sesión informativa forma parte del proceso de mediación, no constituye de ninguna forma “*mediar*” en sí, es decir, realizar actos y aplicar técnicas directas tendientes a la solución efectiva de la disputa. Queda claro que acudir a un proceso de mediación y mediar no es necesariamente lo mismo. Por otro lado, se disponen multas para la

⁶⁷ Véase art. 43.

⁶⁸ Dicha Ley será aplicable a toda clase de controversias excepto a las contenidas en el artículo 5 y, opcionalmente, a los supuestos del artículo 6.

⁶⁹ h) “...En la Primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria”.

parte que no asista a la mediación sin justificante válido⁷⁰, dicha sanción se deriva del incumplimiento de asistir a una sesión informativa y no por la renuencia a mediar. Lo anterior arroja que la obligatoriedad que tanto se pregona se refiere solamente a un deber de información. En este caso concreto el principio de voluntariedad ha sido respetado por el legislador argentino⁷¹.

La mediación no es, ni debe convertirse en una cuestión obligatoria. Su naturaleza de acercamiento y diálogo quedaría desvirtuada. Además (sin perder de vista las bondades que ofrece), no se puede ni de debe ignorar que la mediación es inútil en algunos conflictos, por ello al hablar de mediación forzosa desde una perspectiva formal, no es hablar de mediación. En resumen; para determinar la obligatoriedad de la mediación, el *quid* fundamental es la permanencia en el proceso⁷².

21. En algunos sistemas legales se han tomado medidas para incentivar la mediación. Vale la pena preguntarnos si estos incentivos implican una vulneración al principio de voluntariedad. Primero debemos diferenciar entre un mero incentivo y una carga o sanción formalmente recogida en alguna legislación. Es muy distinto

⁷⁰ La multa recaerá necesariamente sobre el requerido a la mediación. Si el requirente no asiste deberá agotar nuevamente el procedimiento de la mediación prejudicial obligatoria antes de poder demandar judicialmente. Véase Arts. 25 y 28.

⁷¹ Suares señala que la obligatoriedad de la mediación prejudicial está encaminada a dar mayor difusión de la institución. SUARES, Marinés, "Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas", Paidós, Buenos Aires, 2005. pp. 63-64.

⁷² Existen opiniones divergentes. Así, Vargas Pavez sostiene todo proceso de mediación que no se da de forma espontánea, es decir, la que es inducida, ya sea por mandato legal o, por la recomendación de un juez o de cualquier otra autoridad será mediación involuntaria. Cfr. VARGAS PAVEZ, Macarena, "Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación", Revista de Derecho, Vol. XXI, Nº 2, Diciembre 2008. pp. 191 y ss.

establecer multas o denegar el acceso a la justicia hasta no acudir a la mediación, a tomar medidas de control como en los últimos años se ha venido haciendo en el Reino Unido.

Friel explica desde el punto de vista empírico la implementación de la mediación prejudicial y en sede judicial en el Reino Unido. Menciona la obligatoriedad impuesta a los abogados previo al litigio de informar a sus clientes sobre la posibilidad de acudir a la mediación u otros métodos MASC⁷³, así como la circunstancia real de que los jueces ingleses preguntarán a las partes, al atravesar por diferentes etapas del proceso judicial, si se les ofreció la posibilidad de acudir a una mediación y las razones por las cuales decidieron acudir o no a ella. Lo anterior es importante por su impacto en la condena a gastos y costas. El hecho de no acudir a la mediación por falta de voluntad de una de ellas implica perder la oportunidad de evitar los gastos propios de un proceso judicial. Un criterio ampliamente difundido y aplicado actualmente en Inglaterra toma en cuenta a la hora de condenar en gastos (independientemente del resultado del fondo del asunto), la disposición de las partes para acudir a la justicia alternativa, de modo que los jueces suelen condenar a la parte renuente a la mediación por ese concepto⁷⁴.

⁷³ De acuerdo a la regla 2.02 del Solicitors' Code of Conduct 2007, véase: <http://www.sra.org.uk/rule2/>

⁷⁴ Véase FRIEL, Steven, "The European Mediation Directive", en GONZALO QUIROGA, Marta, GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. (Edits.) y SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo (Coord.), "Métodos alternativos de solución de controversias: herramientas de paz y modernización de la justicia", Dickinson, España, 2011.

2.2.2. Confidencialidad

22. Este principio constituye un aliciente para lograr la buena disposición de las partes en su participación en el proceso de mediación. Para su análisis se debe tomar como punto partida la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Conciliación Internacional (LMC)⁷⁵, la cual dispone en el artículo 9 que toda información relativa al procedimiento conciliatorio y al acuerdo deberá considerarse confidencial⁷⁶. Las diferentes legislaciones internas y comunitarias⁷⁷, así como la doctrina, han reconocido el principio como inherente a la mediación. La misma Guía para la Incorporación al Derecho Interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional hace especial énfasis en la importancia de la disposición de confidencialidad, pues constituye certeza respaldada por una obligación legal de que la

⁷⁵ La LMC en el Artículo 1.3 equipara terminológicamente la Mediación y la Conciliación. Por eso, los principios contenidos a lo largo de su articulado, así como en la Guía para su Incorporación al Derecho Interno y Utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) resultan aplicables tanto a la mediación como a la conciliación. Sin embargo, dicha aclaración no debe ser tomada como una equiparación al tenor dentro del presente trabajo de investigación. La diferenciación existente entre ambos MASC se abordará más adelante, véase epígrafe 3 *infra* del presente capítulo.

⁷⁶ Dentro de los travaux préparatoires se presentaron varios proyectos del artículo 9. Una cuestión que llama la atención son las consideraciones hechas respecto a la implementación de la frase “*todas las cuestiones relativas a al procedimiento conciliatorio*” y, al final la introducción del acuerdo de transacción en el alcance dispositivo de la confidencialidad, por tal motivo se sugirió la redacción actual del artículo, así como su incorporación en el proyecto de la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y Utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), que contiene una explicación suficiente para evitar toda interpretación restrictiva. Véase. Doc. A/CN.9/506, párrafos 83-86, así como las observaciones al artículo 9, párrafos 61-62 de la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y Utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002).

⁷⁷ Véase el artículo 7 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

información revelada en el proceso será de carácter privado, factor que viene a fomentar la predisposición de las partes a aceptar un proceso de mediación⁷⁸.

Prima facie la existencia de legislación que dispositiva en materia de mediación obliga tanto a las partes como al mediador al sigilo. Sin embargo, la *praxis* demuestra que no todas las regiones donde es implementada la mediación existe una regulación legal aplicable, o por lo menos una regulación completa o con fuerza de ley, de ahí la necesidad de plantearnos el caso donde la mediación se lleve en ausencia de ley y que medidas son factibles para asegurar la confidencialidad de la mediación.

23. Al iniciar un proceso ante un facilitador es habitual la firma de un convenio de confidencialidad, similar a los utilizados en distintos ámbitos jurídicos, a mencionar: los firmados a la par o de forma accesoria a contratos complejos como los de transferencia de tecnología o de franquicia, de transferencia de Know How, otros más, aunque de distinta índole son los acuerdos preparatorios para entablar una negociación, mismos que después pueden derivar o no en la formalización de un contrato de licencia⁷⁹, etc. El caso es que los acuerdos de confidencialidad han alcanzado un crecimiento exponencial en su implementación cotidiana.

⁷⁸ Véase párrafo 61 de la Guía para la Incorporación al Derecho Interno y Utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002).

⁷⁹ Véase GUERRERO GAITÁN, Manuel, "*Tipología de los contratos de transferencia de tecnología*", Universidad del Externado de Colombia, Revista de Propiedad Inmaterial, No 13, 2009. pp. 221 -223.

Kovach sostiene que esta clase de acuerdos constituyen otra manera de asegurar la confidencialidad en la mediación⁸⁰. Son favorables al fortalecimiento de la disposición normativa o, en su caso, suplen su ausencia, de ese modo el mediador garantiza la inviolabilidad del principio y prepara el terreno para un adecuado desenvolvimiento de las partes, de esa forma se minimiza el recelo de las partes durante el proceso. Mediante la firma del acuerdo de confidencialidad las informaciones respecto de cuestiones litigiosas descubiertas dentro del proceso de mediación, no podrán ser reveladas dentro de ulterior juicio originado ó con relación a la controversia abordada en el proceso. Sin embargo, el principio debe extenderse a cuestiones no litigiosas donde los tribunales estatales también están obligados a salvaguardar y hacer efectivos los acuerdos de confidencialidad con una única excepción: que la ley obligue a la revelación de tales informaciones⁸¹.

24. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, Sobre Ciertos Aspectos de la Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (DME) contiene varios tópicos en los cuales el principio de confidencialidad cobra aplicación en casos de mediación civil y mercantil⁸². Resalta el hecho de que su aplicación debe actualizarse *per se*, siempre y cuando las partes no acuerden lo contrario. El principio de confidencialidad se constituye como un derecho dispositivo que por el simple hecho de entrar en un proceso de mediación obliga, y se requiere renuncia expresa para que cese su obligatoriedad.

⁸⁰ KOVACH, *op. cit.* p. 189.

⁸¹ *Idem.*

⁸² Art. 7.

25. Existen varias excepciones a la prohibición del uso de las informaciones que han sido reveladas dentro del proceso de mediación. En juicios relacionados con una mediación en específico⁸³, se autoriza la revelación de información por razones de orden público interno de los Estados Comunitarios, también para garantizar el interés superior del menor o evitar daños en la integridad física o psicológica de una persona y cuando el conocimiento del contenido de dicho acuerdo sea necesario para aplicar o ejecutar el acuerdo que se haya alcanzado la mediación.

La disponibilidad del derecho a la confidencialidad otorgada por la DME no es un derecho consagrado exclusivamente en la Legislación comunitaria. Así, existen otros ejemplos como la Legislación del Estado de California en los Estados Unidos de América del Norte América. La California Evidence Rules Section 1123⁸⁴ contiene una excepción a la confidencialidad consistente en la indicación expresa del relevo a las partes de la obligación a sigilo, siempre que se especifique que ésta indicación tiene

⁸³ Art. 7. En el preámbulo de DME se hace especial énfasis en la importancia de la confidencialidad, se dispone inclusive la necesidad de existencia de un grado mínimo de uniformidad en las normas procesales civiles de los Estados parte en las disposiciones que protejan la confidencialidad, véase párrafos 16 y 23 del preámbulo de DME.

⁸⁴ El California Evidence Code entró en vigor el 1 de enero de 1967 y, sufrió la última modificación en la en su Sección 1123, el 8 de marzo del 2010, la cual dispone:

“A written settlement agreement prepared in the course of, or pursuant to, a mediation, is not made inadmissible, or protected from disclosure, by provisions of this chapter if the agreement is signed by the settling parties and any of the following conditions are satisfied:

(a) The agreement provides that it is admissible or subject to disclosure, or words to that effect.

(b) The agreement provides that it is enforceable or binding or words to that effect.

(c) All parties to the agreement expressly agree in writing, or orally in accordance with Section 1118, to its disclosure.

(d) The agreement is used to show fraud, duress, or illegality that is relevant to an issue in dispute.”

carácter vinculante, también contempla el caso en que las partes realicen un contrato por separado, oral o escrito, que así lo autorice⁸⁵.

26. Lo anterior nos conduce a la necesidad de analizar la naturaleza jurídica de los convenios de confidencialidad. En primer término se advierte que en la práctica la denominación dada a tales convenios es muy variada; contrato, convenio, cláusula, etc., por ello, nos se tienen que analizar las implicaciones que encierran tales conceptos para después situar formalmente esta clase de acuerdos. La mayoría de los sistemas jurídicos con tradición romanística han situado al contrato como un acuerdo de voluntades con el objeto de crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones⁸⁶. Ello evidencia dos funciones: una positiva que consiste en la creación y la trasmisión de obligaciones y otra negativa consistente en la modificación y la extinción de éstas⁸⁷.

Tradicionalmente la Legislación Civil mexicana ha hecho una distinción específica entre los convenios y los contratos. Se ha ubicado a los primeros como el género y los segundos como la especie⁸⁸. La cuestión ha sido debatida y algunas veces atacada, pues el mismo Código en el artículo 1859 señala que las disposiciones aplicables a los contratos serán aplicables a los convenios, en tanto no se oponga a su naturaleza

⁸⁵ Véase Dispute Resolution journal, “California: mediation and arbitration”, Dispute Resolution journal, New York: Feb-Apr 2007, Tome 62, No 7. p. 9.

⁸⁶ El Código Civil español (CCE) en el artículo 1254 señala: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respectos de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

⁸⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Compendio de Derecho Civil: contratos”, Tomo IV, 32ª edición, Porrúa, México, 2008. p. 7.

⁸⁸ El artículo 1792 del Código Civil Federal mexicano (CCFM) señala que “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”, y en el artículo 1793 indica que “Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

jurídica o regulaciones especiales⁸⁹. La doctrina más autorizada coincide en que tal diferenciación por lo menos en el sistema jurídico mexicano es innecesaria⁹⁰, de tal suerte que nominarlos convenios o contratos sería igualmente correcto.

27. Existe otro sector profesional que los denomina cláusulas de confidencialidad. El uso de tal denominación cobra sentido cuando las partes pactan a través de una disposición contractual, la imposibilidad de revelar ciertas informaciones, siempre y cuando el pacto de confidencialidad se encuentre inserto en el mismo documento, con ello se dejan fuera los contratos accesorios o acuerdos satélite⁹¹ tan comunes dentro de las relaciones contractuales internacionales. Esto cobra sentido si nos remitimos al concepto de cláusula, la cual puede ser definida como cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualesquier otro documento análogo, público o particular⁹², que configuran la esencia del contrato y el reflejo de los compromisos asumidos por las partes⁹³.

⁸⁹ 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 éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

⁹⁰ Un importante sector de la doctrina mexicana se pronuncia en ese sentido, *Cfr.* ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, “*Contratos civiles*”, 7ª edición, Porrúa, México, 1998. pp. 19-21; BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan, “*Contratos y testamentos*”, Tomo II, Sista, México, 2002. pp. 83-84; SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, “*De los contratos civiles*”, 11ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 4; PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, “*Contratos civiles*”, 12ª edición, Porrúa, México, 2008. pp. 7-8.

⁹¹ Por acuerdos satélites se hace referencia a todos los instrumentos contractuales que giran en torno de uno más complejo y, al cual, están inequívocamente vinculados y respecto del cual guardan total dependencia, o regulan aspectos accesorios del negocio principal.

⁹² SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., “*Cláusula*”, en “*Diccionario jurídico mexicano*”, Tomo I, 12ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1998. p.474.

⁹³ LEÓN TOVAR, Soyla H., “*Contratos mercantiles*”, Oxford, México, 2004. p. 113.

La cláusula de confidencialidad pertenece a las denominadas cláusulas accidentales, es decir, esta formada por la voluntad de las partes pero sin que su existencia modifique la esencia principal del contrato⁹⁴. En conclusión, la denominación cláusula es correctamente utilizada si forma parte de las disposiciones de un contrato siempre que no conste en un contrato distinto al principal aunque estos guarden relación estrecha. Esclarecidos los detalles conceptuales vale la pena un acercamiento a la naturaleza de esta clase de acuerdos. Compartimos la opinión de Guerrero Gaitán⁹⁵ al reconocer la dificultad de lograr una aproximación concreta su naturaleza jurídica.

28. De forma general y con independencias del contexto donde surja el acuerdo, se trata de un contrato innominado en virtud de su falta de regulación normativa. Su difícil equiparación con otras figuras contractuales constituye un factor que acentúa su indeterminación. Establecer de forma clara su naturaleza jurídica resulta una tarea en extremo compleja, lo adecuado es ceñirnos a un análisis estrecho refiriéndonos solamente a los casos en que el pacto de confidencialidad es concertado dentro de un proceso de mediación. De esa forma, se identifican claramente dos características principales: la primera se trata de acuerdos bilaterales, pues todos los sujetos que intervienen en ella quedan obligados a abstenerse de revelar la información, por otro lado, son gratuitos, siempre que el pago que se hace al mediador por sus servicios y el acuerdo alcanzado a través de ésta, no contemple ninguna retribución económica especial por mantener la confidencialidad.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ GUERRERO GAITÁN, *op. cit.* p. 221-223.

2.2.3. Neutralidad

29. Mediar necesariamente implica intervención en una situación de conflicto. Suares ha sostenido que el concepto “*neutralidad*” significa la no intervención, y señala que su aplicación a un proceso de mediación se traduce precisamente lo opuesto⁹⁶. Sin embargo, el uso de la del término es equiparado muchas veces con la imparcialidad en la *praxis* de la mediación, es decir ambas palabras transmiten la idea de igualdad de trato a las partes. Se ha debatido sobre si la neutralidad solamente forma parte de la retórica de la mediación o si realmente en la práctica resulta aplicable. Douglas ha sostenido que los mediadores en la práctica ven la neutralidad como un principio aplicable a la mediación, pues en términos generales consideran tanto a la disputa y al arreglo como inherentes a las partes y no como propios, pero no deja de reconocer la cierta influencia del mediador, si bien mínima, no erradicada del todo⁹⁷.

La imparcialidad debe estar enfocada en la actitud de mediador. Éste no podrá tener preferencia ni desequilibrar la posición de los mediados, todo lo contrario, debe velar por igualar las condiciones entre las partes. Por neutralidad entendemos un posicionamiento donde el mediador con su actuar evita causar a las partes un

⁹⁶ Suares sostiene que el concepto de neutralidad encuentra su origen en el Derecho Internacional Público (DIP) y, necesariamente implica la no intervención de un tercero sobre dos o más sujetos en disputa. SUARES, *op. cit.* pp. 145-148.

⁹⁷ Douglas ofrece un interesante estudio sobre la percepción de los mediadores en cuanto a la neutralidad, véase DOUGLAS, Susan, “*Neutrality in mediation: a study of mediators perceptions*”, QUT Law and Justice Journal, Vol. 8, nº 1, 2008. pp. 143-147.

perjuicio, sin importar la magnitud de este⁹⁸. Existen opiniones que sugieren la imposibilidad de comprobar de forma absoluta la imparcialidad dada la supuesta imposibilidad humana para dejar de lado la valoración inconsciente y las inclinaciones propias, de tal suerte que se ha entendido la imparcialidad como una abstracción y no como algo que pueda suceder dentro de una mediación, todo como resultado de las vivencias y en general de la experiencia de los mediador⁹⁹.

2.2.4. Flexibilidad

30. La mediación debe ser un método informal. Los mediadores no deben ser obligados a seguir procedimientos rígidos pues esto reduce exponencialmente la adaptabilidad del procedimiento a las circunstancias reales del conflicto. La norma usualmente permite al mediador establecer pautas y guiar los procedimientos como lo estime conveniente. De esa forma se permite que el procedimiento tome un curso determinado, acorde a las necesidades de las partes. No obstante, existen ciertos parámetros establecidos legalmente para los procedimientos de mediación que los mediadores no deben ignorar. Estos límites establecidos legalmente suelen establecer un número máximo de sesiones o un lapso temporal máximo para agotar el proceso.

⁹⁸ Véase DUPUIS, *op. cit.* p. 70.

⁹⁹ SUARES, *op. cit.* p. 150.

2.2.5. Intervención mínima

31. El principio de intervención mínima guarda íntima relación con la naturaleza autocompositiva de la mediación. Básicamente consiste en que el facilitador tendrá una intervendrá lo menos posible en la solución de las controversias, para así permitir que las partes desarrollen el papel protagónico en la mediación, aunque sin olvidar que el mediador es que debe conducir el procedimiento.

2.3. Las partes

32. Todas las personas físicas o jurídicas a lo largo de su existencia se verán inmersas en conflictos de diversa naturaleza. La mediación al tratarse de un método autocompositivo tiene aplicación a casi todos ámbitos de actuación humana¹⁰⁰. El catálogo de aspectos donde se puede presentar conflicto es inagotable. Las partes al acudir voluntariamente a un proceso de mediación, independientemente el conflicto que las haya llevado a ese punto estarán ligadas por un código de conducta aplicable a todos los procesos de mediación. Lo deseable es que se conduzcan de forma moderada, que asuman una postura abierta y de acercamiento. Con independencia del

¹⁰⁰ Mediación ambiental, laboral, comercial, empresarial, escolar, de consumo, tributaria, familiar, familiar, penal, etc. Véase GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ, Celia María, *“Manual de mediación”*, Editorial Ateler, Barcelona, 1999. p. 127-166.

tipo de mediación de que se trate, las partes deberán seguir por lo menos las siguientes reglas de conducta:

1. Acudir a las sesiones de mediación;

2. Respeto absoluto para con las otras partes involucradas y al mediador;

3. Guardar la seriedad que implica un proceso de mediación;

4. Expresar con libertad sus ideas y pretensiones;

5. Atender las recomendaciones del mediador en cuanto a procedimiento en sí;

6. Formular todas las dudas que vaya surgiendo respecto de la mediación al facilitador, aun después de la explicación introductoria;

7. Asumir un rol activo de respuesta al procedimiento;

8. En su caso, proponer las opciones que les parezcan adecuadas al conflicto, las cuales deberán ser realistas y adecuadas a sus necesidades.

Cuadro 2.

2.4. El facilitador

33. El mediador debe desempeñar un rol activo de acercamiento¹⁰¹. Para eso debe utilizar técnicas que fomenten el intercambio de posiciones y faciliten el diálogo tendiente solucionar la controversia. La visión que se debe tener del mediador es la de un moderador que estimula la comunicación, facilita el descargo emocional, mejora la percepción de los intervinientes y conduce a las partes a la conclusión de un acuerdo, sin interferir o asumir posiciones que alteren la libre composición.

2.5. Solución del conflicto

34. La causa de la mediación es la resolución del conflicto a través de un acuerdo de mediación¹⁰². No obstante, no son desconocidos otros elementos determinan una efectiva resolución del conflicto, p. ej., la restauración de la comunicación, el desahogo

¹⁰¹ Álvarez propone algunos elementos que configuran el rol del mediador: facilitar el paso de la discusión dialéctica al pensamiento creativo-alternativo, aliviar la carga emocional, estimular la salida de posiciones regidas, mostrar lo manifiesto del conflicto y ver más allá y, invitar al cambio de roles. ÁLVAREZ, Gladys S., HIGHTON, Elena I. y JASSAN, Elías., *"Mediación y justicia"*, Depalma, Argentina, 1996. p. 134.

¹⁰² La intención no es limitar la concepción sobre la mediación. Sin embargo, en el marco de la presente investigación debemos asumir una postura lineal para evitar caer en una desviación del tema principal: la eficacia de los acuerdos de métodos alternos. Allende, con una detallada descripción sobre los objetivos de la mediación enumera: generar un espacio de encuentro y comunicación entre las personas, lograr empatía y reconocimiento de las necesidades del otro, favorecer que los participantes logren un acuerdo satisfactorio para todos los involucrados, lograr el fortalecimiento personal, generar procesos de aprendizaje en el abordaje y resolución de conflictos por parte de los participantes. Véase ALLIENDE LUCO, Leonor, *et. al.*, *"El proceso de mediación"*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2002. pp. 100-109. Para ampliar la explicación relativas al conflicto y, en concreto, su definición véase epígrafe 1.2. *supra*.

de emociones contenidas y mal gestionadas por las partes, etc. Esto se conoce como el valor de “no acuerdo”¹⁰³. Una mediación será exitosa desde el mismo momento en que permita a las partes acercar sus posiciones y les ayude a mejorar su comunicación¹⁰⁴, especialmente cuando los intervinientes tienen relaciones interpersonales duraderas (el caso clásico es la mediación entre miembros de una misma familia o con relaciones laborales de por medio). En este punto radica una doble función de la mediación, por un lado, la resolución del conflicto y, por el otro, la prevención de futuros conflictos de igual o similar naturaleza.

Para calificar de exitosa una mediación se tiene que atender al caso concreto. Sin embargo, se existen dos parámetros básicos para considerar superada una controversia: La reactivación pacífica de las relaciones interpersonales de las partes en el conflicto (si es el caso) y, la consecución de un acuerdo de mediación satisfactorio, duradero y efectivo, aunque como se ha venido diciendo. Existen distintas posturas sobre la forma valorar el éxito de una mediación. Serrano plantea una división que engloba varios criterios:

¹⁰³ No se debe caer en el error de forzar o fomentar acuerdos sin contenido o, sin una expectativa real de cumplimiento con el mero objeto de llenar mejor las estadísticas, con ello se hace referencia a la mediación ofrecida por instituciones públicas, al respecto véase la opinión de ALLIENDE, *et. al., op. cit.* pp. 109-110.

¹⁰⁴ *Idem.*

-
- **Corto plazo:** el sentimiento de satisfacción por el resultado final de la mediación, la voluntad de cumplir los acuerdos alcanzados, la percepción de eficacia de proceso de mediación desde un punto de vista circunstancial.
- **Largo plazo:** el grado de cumplimiento de los acuerdos conseguidos y el mejoramiento de las relaciones entre las partes¹⁰⁵.

Cuadro 3.

2.6. Diferenciación entre la mediación nacional e internacional.

35. Por mediación nacional se debe entender todo proceso de mediación en que no se presentan elementos relevantes de extranjería. Siguiendo la tónica de la LMC¹⁰⁶, los elementos de extranjería atienden la domiciliación de los participantes del proceso¹⁰⁷ dejando a un lado cuestiones de nacionalidad, característica irrelevante al caso cuando las partes están domiciliadas en un mismo Estado. Los elementos de extranjería son un factor determinante en la deslocalización de la mediación.

¹⁰⁵ SERRANO, Gonzalo, "Eficacia y mediación", Boletín de Psicología, No 92, marzo 2008. p. 53 y ss.

¹⁰⁶ Se utiliza como punto de partida la LMC, gracias a la amplia interpretación del concepto de "conciliación" explicado en la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), que, por cierto, permite aplicar el criterio de internacionalidad por extensión a la mediación.

¹⁰⁷ Véase Art. 1. (4) y (5) de la Ley Modelo sobre Conciliación.

Estos elementos sirven como indicador a la hora de calificar como internacional un proceso por ende el acuerdo derivado de la mediación. Es posible que las partes intervinientes en el proceso estén domiciliadas en el mismo Estado, pero que el acuerdo deba ser ejecutado en otro Estado o presente rasgos que lo ligen a un Estado distinto, caso en que se deben tomar las medidas pertinentes para asegurar su eficacia¹⁰⁸. La LMC prevé los siguientes supuestos de extranjería¹⁰⁹:

<ul style="list-style-type: none">• Que el Estado donde las partes tenga su establecimiento no sea:
<ul style="list-style-type: none">○ El Estado donde deba cumplirse parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial.
<ul style="list-style-type: none">○ El Estado que esté más estrechamente vinculado con el objeto de la controversia.

Cuadro 4.

36. La Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo sobre Conciliación expone las razones para descartar el lugar donde se llevaba a cabo la mediación como elemento determinante en la aplicación de la LMC¹¹⁰. Aquí, se debe

¹⁰⁸ Véase art. 1. (4.b).

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ La LMC se aplicará a conciliaciones internacionales cuando así lo determinan las partes. Esto permite inferir que los redactores, en su momento, estimaron nacionales todos los procesos de mediación que no encuadren en los supuestos del artículo 1 de la LMC.

diferenciar la domiciliación de las partes y el lugar donde se lleve a cabo la mediación. Según el criterio de la LMC, no se puede calificar de internacional una mediación llevada a cabo fuera de un Estado donde todas partes estuvieran domiciliadas, si no existe la expectativa de ejecutar el acuerdo de la mediación en un tercer Estado, para eso las leyes perceptivas sobre mediación deben garantizar la eficacia del acuerdo de mediación.

2.7. Mediación Internacional Pública y privada

37. La adaptabilidad de la mediación a casi cualquier tipo de conflicto permite su utilización en ámbitos completamente dispares. Los MASC son comúnmente utilizados tanto en la esfera internacional pública y la privada, a continuación se harán ciertas precisiones sobre los factores que determinan la publicidad de la mediación, sin perder de vista, que la presente investigación tiene un enfoque predominantemente privatista.

38. Las cualidades personales de los mediados son un factor decisivo que en muchos casos define el carácter público o privado de la mediación. En los procesos de carácter público intervienen normalmente Estados¹¹¹ situándose la mediación en otro

¹¹¹ Díez de Velazco apunta que las diferencias regidas por el Derecho Internacional tienen que ser entre sujetos del Derecho Internacional, preferentemente Estados, sin excluir las diferencias entre organizaciones internacionales, o de éstas con Estados u otros sujetos del Derecho Internacional. Véase

plano y bajo reglas distintas, pero sin desvirtuar el espíritu básico del instrumento: “resolver una diferencia de forma pacífica”. El conflicto en el entorno internacional (normalmente entre sujetos del DIP) cobra dimensiones mayúsculas, cuyo alcance puede poner incluso en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional¹¹², por lo cual se han instrumentado cuidadosos mecanismos de solución de controversias entre ellos la mediación.

39. Remiro Brotons afirma que la realidad de la resolución pacífica de controversias en la esfera pública se da en una sociedad entre Estados soberanos en situación de yuxtaposición, lo que hace necesario el consentimiento de los intervinientes para la solución pacífica de la controversia¹¹³. La discrepancia debe ser evidente entre las partes (jurídica y de hecho), y fijada a través de medios capaces de identificar la diferencia (conversaciones directas, actos unilaterales, etc.)¹¹⁴. Remiro Brontons continúa diciendo que actualmente existen dos opciones para el arreglo de controversias internacionales: las no pacíficas y las pacíficas, los esfuerzos internacionales en este campo se han manifestado por la segunda opción¹¹⁵.

DIEZ DE VELAZCO, Manuel, *et. al.*, “Instituciones de Derecho Internacional Público”, 11ª edición, Tecnos, 1997. p. 735.

¹¹² La carta de las Naciones Unidas en el artículo 33 consagra la necesidad de acudir a métodos pacíficos de solución de controversias.

¹¹³ REMIRO BROTONS, Antonio, *et. al.*, “Derecho Internacional”, McGraw-Hill, Madrid, 1997. pp. 825-826.

¹¹⁴ DIEZ DE VELAZCO, *op. cit.* p. 735.

¹¹⁵ REMIRO BROTONS, *op. cit.* p. 827. Véase los arts. 2.3, 4,6, 33 y ss. de la Carta de las Naciones Unidas.

En este punto es donde la mediación comienza es efectiva su función. La doctrina reconoce dos métodos en la esfera internacional pública para la resolución de conflictos: el político o diplomático¹¹⁶ de un lado, y los buenos oficios por el otro. La función de un método diplomático es facilitar el arreglo de una controversia a través de un acuerdo, es decir, preparar el camino para un entendimiento entre los interesados para concluir un acuerdo¹¹⁷. La mediación internacional presupone la intervención de uno o varios Estados ajenos a la disputa, con el objeto de facilitar el diálogo y coadyuvar a la consecución de un acuerdo amistoso. Fisas señala que la mediación es por encima de todo *“un ejercicio de comunicación que permite reconciliar los intereses de las partes en disputa, ayudándoles a encontrar una salida, pero sin imponerles de fuera una solución”*¹¹⁸.

41. Mucho se ha dicho sobre la cercanía que guardan los buenos oficios con la mediación. La diferencia principal radica en la intensidad de la intervención de

¹¹⁶ La Negociación Diplomática, la Investigación Internacional y la conciliación, junto a otros métodos de arreglo de diferencias. Véase, entre otros, las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y 1907, el Tratado de Renuncia a la Guerra (Pacto de Briand-Kellog 1928), Acta General para el Arreglo Pacífico de Diferencias Internacionales de 1928, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración de Manila sobre Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales de 1982. A nivel regional: Europa, Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (Helsinki 1975). América, La Carta de la OEA de 1948, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá de 1948). Una amplia explicación sobre este último Instrumento en MORENO PINO, Ismael, *“Derecho y diplomacia en las relaciones interamericanas”*, Secretaria de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica, México, 1999. pp. 514 y ss.

¹¹⁷ HERNÁNDEZ PRADAS, Sonia, *“La Mediación en los conflictos internacionales”*, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, DE LA PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes (Dirs.) y CARABANTE MUNTADA, José María (Coord.), *“La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica”*, Netbiblo, La Coruña, 2010. p. 261.

¹¹⁸ FISAS, Vicenç, *“Procesos de paz y negociación en conflictos armados”*, Paidós, Barcelona, 2004. p. 129.

facilitador¹¹⁹. Los buenos oficios han sido utilizados para establecer o restablecer la comunicación entre las partes¹²⁰ y sentar las bases para la negociación. En la mediación se intensifica el rol del mediador proponiendo soluciones (no vinculantes) y manteniéndose activo hasta la terminación del proceso¹²¹. De acuerdo a la Conferencia de Paz de 1907, la mediación y los buenos oficios pueden ser solicitados por los involucrados en un conflicto internacional a Estados ajenos al conflicto, u ofrecida por estos últimos, sin que esto signifique un acto poco amistoso, en todo caso, las intervenciones serán tomadas en cuenta como un mero consejo desprovisto de todo carácter vinculante¹²².

Finalmente, la mediación en la esfera pública y la privada enmarcada en un contexto internacional son utilizadas en ámbitos distintos. Los supuestos de procedencia¹²³, sus participantes y las técnicas de aplicación no coinciden con exactitud, empero, la naturaleza sigue siendo la misma: un método autocompositivo donde un facilitador acerca a las partes, trabaja para establecer o restablecer la comunicación entre ellas, ayudándolas a solventar sus diferencias.

¹¹⁹ Cfr. SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *"Derecho Internacional Público"*, 19ª Edición, Porrúa, México, 2001. p. 319 y BECERRA RAMIREZ, Manuel, *"Derecho Internacional Público"*, McGraw-Hill, México, 1997. p. 113-114.

¹²⁰ Hernández Pradas explica que la función del tercero en la instrumentación de los buenos oficios consiste en poner en contacto a las partes, especialmente cuando entre estas no existen relaciones directas o no desean una negociación directa. HERNÁNDEZ PRADAS, *op. cit.* p. 262.

¹²¹ REMIRO BROTONS, *op. cit.* p. 836-838. En el mismo sentido SEARA VÁZQUEZ, *op. cit.* p. 319.

¹²² Véase el Título II de la Convención de la Haya de 1907 para la Resolución de Controversias Internacionales.

¹²³ La prevención de un conflicto, la solución del mismo cuando ya está iniciado y, la consolidación de la paz una vez terminado. HERNÁNDEZ PRADA, *op. cit.* pp. 263-264.

3. Conciliación

3.1. Distinción entre conciliación y mediación

42. Para una adecuada aproximación doctrinal a la conciliación se deben tomar como base los principios que rigen en la mediación y sus características en general. Las dudas que plantea la diferenciación entre la mediación y la conciliación surgen a partir de la identidad de principios aplicables tales como: la voluntariedad, confidencialidad, neutralidad, flexibilidad, intervención mínima, etc. Por su parte, las obligaciones y derechos de los intervinientes en el procedimiento son idénticos, lo que difumina aún más la división entre los dos mecanismos y surge el cuestionamiento sobre la necesidad de diferenciar ambas figuras.

43. Cuomo Ulloa advierte que una de las razones para diferenciar la mediación de la conciliación es quizá los diferentes niveles de agudeza del conciliador, sin embargo, advierte que estamos ante una distinción confusa dada la fluidez del proceso y el rol del tercero dentro del procedimiento¹²⁴. El rol que desempeña el mediador y el conciliador es diferenciable. El primero se limitará a escuchar a las partes, identificar

¹²⁴ Cfr. CUOMO ULLOA, Francesca, *“La conciliazione modelli di composizione dei conflitti”*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Italia, 2008. p. 7.

las cuestiones reales de conflicto, facilitar la comunicación, estimular a las partes para generar soluciones, aconsejarlas sobre la viabilidad de éstas, conducir el procedimiento hasta su final y, en su caso, elaborar por escrito el acuerdo a que han llegado las partes. El conciliador además puede generar propuestas de arreglo (no vinculantes *per se*¹²⁵), que den salida al conflicto de acuerdo a los deseos y necesidades que identifique de entre las partes¹²⁶.

44. Gil Echeverry propone a la mediación como género, y a la conciliación como subgénero. La primera en un sentido amplio de intermediación de las partes y la segunda como un mediador habilitado para proponer soluciones¹²⁷ convirtiéndose así en conciliador. La diferencia principal entre la mediación y la conciliación radica en el rol que asume el facilitador, esto es, cuando la actividad de éste se intensifica y se escala en el grado propositivo. Vale la pena plantearse si esta diferenciación depende de la habilitación del facilitador para proponer o del ejercicio efectivo de esa facultad. En otras palabras, será conciliador aquel que está facultado para ofrecer soluciones, o aquel que efectivamente lo haga?. Concluir apresuradamente que el conciliador “*debe*” proponer soluciones resulta artificial, sobre todo si se atiende al principio de intervención mínima aplicable al proceso conciliatorio. Este principio obliga a respetar

¹²⁵ Las soluciones planteadas por el mediador no serán obligatorias, ni vinculantes, hasta que sean aceptadas por las partes mediante un acuerdo.

¹²⁶ En el mismo sentido véase, GORJÓN GÓMEZ y STEELE GARZA, “*Métodos alternativos...*”, *op. cit.* p. 19-20; CLARE GONZÁLEZ-REVILLA, Miguel Ángel, “*Mediación y conciliación*”, Booksurge, Panamá, 2005. p. 115-118; JUNCO VARGAS, José Roberto, “*La Conciliación Aspectos Sustanciales y Procedimentales y en el Sistema Acusatorio*”, 5ª edición, Temis, Bogotá, 2007. pp. 22 y ss. Al respecto Jaramillo Zuleta y Peña González coinciden en identificar como una característica elemental del mediador la propuesta de soluciones. JARAMILLO ZULETA, León José, “*La conciliación en el procedimiento civil*”, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2005. p. 197; PEÑA GONZÁLEZ, Oscar, “*Mediación y conciliación extrajudicial*”, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010. p. 4.

¹²⁷ Cfr. GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, “*La conciliación extrajudicial y la amigable composición*”, Temis, Bogotá, 2003. pp. 19 y ss.

la naturaleza autocompositiva de los MASC, concretamente en el caso de la conciliación, presupone el ejercicio de la facultad propositiva cuando él facilitador detecta un estancamiento insalvable en el proceso.

El no ejercicio de la facultad propositiva con que cuenta el conciliador significa un grado menor de intervención. Cuando en un procedimiento de negociación asistida no se propone, estamos indudablemente ante una mediación. Gracias a ello, es posible diferenciar de forma nítida el acto de conciliar, el problema real es a partir de qué momento se rompe la barrera divisoria entre ambos métodos. Las sugerencias que el facilitador puede formular pueden ir desde la sutileza, hasta llegar incluso a una propuesta directa que englobe uno o más elementos de disputa. La respuesta se encontrará en el procedimiento concreto que se esté llevando a cabo, pues estamos ante una imposibilidad matemática para diferenciar la mediación de la conciliación, su identificación tendrá que ser caso por caso.

45. La autocomposición constituye la característica principal de la mediación y la conciliación. Ésta característica puede ser definida como la resolución de un conflicto mediante un acuerdo conseguido entre/por las partes involucradas de común acuerdo. La conciliación tiene un menor grado de pureza autocompositiva, pues además de las partes, el mediador se involucra en la solución del conflicto. Esto permite ubicar a la conciliación como intermedio entre la mediación y el arbitraje, toda vez que la solución

propuesta por el conciliador carece de obligatoriedad y la otorgada por el árbitro es definitiva, vinculante y ejecutable.

46. Por último, existen otros posicionamientos doctrinales sobre la delimitación de ambas figuras. Por un lado están los que diferencian ambos MASC situando la conciliación como un procedimiento de mediación en la que interviene un Juez y que presupone la existencia de una litis¹²⁸. Otros que reducen la diferencia a una clasificación normativa, donde la mediación aparece como una figura atípica a diferencia de la conciliación que cuenta con una regulación legal, llegando a situarla inclusive como una función pública¹²⁹.

4. Arbitraje

47. Para realizar una adecuada aproximación al arbitraje es necesario tomar en cuenta todos los elementos que integran la institución. Merino y Chillón proponen como método para entender al arbitraje un análisis en bloque que incluya todos los aspectos del arbitraje, dada su naturaleza híbrida entre lo sustantivo y lo procesal, sin

¹²⁸ Al respecto véase HIGHTON y ÁLVAREZ, *“Mediación para resolver conflictos...”*, op. cit. p. 120 y DUPUIS, op. cit. pp. 26-27. Por litis se entiende la situación de hecho y de derecho que las partes someten al conocimiento y decisión del juez. PALLARES, Eduardo, *“Diccionario de Derecho Procesal Civil”*, Porrúa, México, 2003. p. 545.

¹²⁹ Con este posicionamiento Bernal Mesa y Restrepo Serrano. Hacen referencia al caso colombiano, donde la legislación contempla solamente la conciliación, Cfr. BERNAL MESA, Bibiana y RESTREPO SERRANO, Federico, *“¿Por qué en Colombia se habla de conciliación y no de mediación?”*, en VARGAS VIANCOS, Juan Enrique y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, *“Arbitraje y Mediación en las Américas”*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2007. p. 127 y ss.

olvidar el valor residual de cada uno de sus componentes básicos: El Acuerdo arbitral, el nombramiento de árbitros, el procedimiento arbitral y el laudo¹³⁰. En la presente investigación seguiremos un camino alternativo sin apartarnos del todo de la anterior propuesta. No se pretende un estudio exhaustivo de todos los elementos institucionales, más bien del último de ellos; el laudo y su eficacia, sobre todo después de las reformas española y mexicana de 2011.

En la presente sección de modo introductorio se entrarán a los estudios de los primeros tres aspectos propuestos por Merino y Chillón, previa elaboración de un mapa conceptual. De esa forma se busca presentar la institución arbitral de forma genérica, para después tomar en capítulos posteriores aspectos especiales¹³¹; concretamente el laudo arbitral acompañado de una disección de todas sus minucias al detalle.

4.1. Marco conceptual

48. La justicia arbitral ha encontrado fuertes detractores. Entre otros argumentos para desvirtuar la legitimidad del juicio arbitral se ha esgrimido: el monopolio del órgano judicial en la impartición de justicia, la prohibición de la administración de justicia a cambio de una prestación económica, etc. Algún autor ha asumido una postura que excluye al arbitraje como medio de impartir justicia, señalando que la

¹³⁰ MERINO MERCHAN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María. *“Tratado de Derecho Arbitral”*, 3ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2006. p. 213.

¹³¹ Véase capítulo V *Supra*.

actuación de los árbitros al estar desprovista de la facultad de imperio se reduce un mero trámite de solución de controversias, aparentemente carente de toda sustancia¹³². Ese razonamiento se ve diluido con la puesta en escena de la *división de la función jurisdiccional*: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado¹³³.

Tomando como plataforma el principio de la autonomía de la voluntad, que confiere a un tercero la facultad de conocer, evaluar y emitir un fallo vinculante¹³⁴, aunado al respeto absoluto de la función *iuris imperii* estatal¹³⁵ y la posibilidad de control judicial vista como una forma de gestión de riesgos¹³⁶, destinada a los casos de vulneración de la tutela procesal efectiva o la omisión de los árbitros en el cumplimiento de los preceptos constitucionales¹³⁷, se puede identificar la función de los tribunales arbitrales como una *verdadera impartición de justicia*¹³⁸.

¹³² Al respecto véase GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *“El arbitraje comercial”*, Themis, México, 2000. pp. 11-16.

¹³³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *“Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”*, Derecho Privado y Constitución, Nº 19, año 3, 2005. pp. 56-58.

¹³⁴ La voluntad de las partes se manifiesta a través del convenio arbitral, ahí radica el sustento de la jurisdicción del tribunal arbitral. TWEEDDALE, Andrew y TWEEDDALE, Karen, *“A practical approach to Arbitration Law”*, Blackstone Press Limited, London, 1999. p.27.

¹³⁵ Se hace referencia a la faceta coercitiva del Estado consistente en hacer ejecutar lo juzgado. FERNANDEZ ROZAS, *op. cit.* pp. 56-58.

¹³⁶ Agrega Park que la revisión de laudos arbitrales fomenta que los arbitrajes sean más eficientes, al respecto véase PARK, William W., *“Arbitration of international business disputes studies in law and practice”*, Oxford, Great Britain, 2006. pp. 147-148.

¹³⁷ Debe separarse la idea de ulteriores instancias arbitrales al de la posibilidad de atacar un laudo cuando éste no salvaguarda las garantías procesales elementales (de audiencia, contradicción e igualdad), limitando siempre a la intervención mínima que no desvirtúe la institución arbitral. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *“Tratado de arbitraje comercial en América Latina”*, Iustel, Madrid, 2008. pp. 1092 y ss.

¹³⁸ Con la misma opinión MALUQUER DE MOTES I BENET, Carlos J., *“Artículo 1. Ámbito de aplicación”*, en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Dir.) y MATEO SANZ, Jacobo B. (Coord.), *“Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje”*, Lex Nova, Valladolid, 2004. pp. 49-50.

49. Visto el arbitraje como institución, Merino y Chillón sostienen que en esta concepción intervienen dos factores: “*organización y contenido ideológico*”. En la organización dicen; el árbitro es titular ocasional de una función atribuida exclusivamente a órganos públicos del Estado, en cuya actividad no ejerce una función de distinta naturaleza a la del juez estatal, toda vez que, el *imperium* es una parte no esencial de la jurisdicción, tan así, que puede ser incluso encomendada a otras autoridades, por lo cual la función del árbitro está dotada de *auctoritas*, y el efecto es que el laudo está dotado de los efectos de cosa juzgada.

Respecto del el contenido ideológico señalan que instituye al arbitraje como un instrumento del derecho. El laudo constituye un punto de vista sobre la justicia resolutoria del conflicto¹³⁹. En resumen al hablar de arbitraje estamos ante un *equivalente jurisdiccional*¹⁴⁰. Tomado en cuenta todo lo anterior, al juez de homologación se le puede situar como cernedor localizado entre la facultad de juzgar y la de ejecutar, siempre obligado a otorgar el *exequátur* cuando este sea eficaz y no se presente ninguna causa de denegación al reconocimiento del laudo, es decir: como un mero operador de la ejecución del laudo. En este punto cobra sentido uno de los principales adjetivos que definen al arbitraje: la heterocomposición, traducida en que un tercero será quien imponga la solución a una controversia definitivamente, pero gozando de autonomía en la formulación de sus juicios.

¹³⁹. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, *op. cit.* pp. 215-216.

¹⁴⁰ *Op. cit.* pp. 105-107. También véase MALUQUER DE MOTES I BENET, *op. cit.* pp. 49-50.

50. Sobre la naturaleza del arbitraje existen diversas posturas. El contractualismo que pugna por la naturaleza completamente privada del arbitraje, por su parte la teoría jurisdiccionalista define al arbitraje como un proceso, sin embargo, en el medio, existe una teoría ecléctica denominada “*Jurisdicción Convencional*”, la cual opta por el origen contractual del arbitraje, pero transformándose en procesal a través de los efectos que la Ley le concede al laudo, es decir, la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales¹⁴¹. Existe una cuarta teoría denominada “*autónoma*” que apunta a entender al arbitraje como proceso *sui generis*¹⁴².

51. El repunte observado en la utilización del arbitraje en las últimas décadas puede ser atribuido a un efecto espiral. Recordando que en su forma más simple, es decir, observando su estructura sin recubrimientos queda expuesto un método a través del cual, dos o más partes en disputa acuden a una persona sin más investidura que su buena reputación y conocimiento para que brinde una solución vinculante, definitiva y eficaz, susceptible de ser ejecutada.

Actualmente en un mundo cada vez más pequeño, donde la facilidad de las comunicaciones, el acortamiento de distancias, el acceso a nuevos mercados, la puesta a disposición de nuevas tecnologías y en general los efectos modernos de la globalización, se ha incentivado el incremento de las de las relaciones comerciales y su

¹⁴¹ MERINO MERCHAN Y CHILLÓN MEDINA. *op. cit.* pp. 223 y ss. Con otra explicación sobre estas teorías SALCEDO VERDUGA, Ernesto, “*El Arbitraje: justicia alternativa*”, Librería Jurídica ONI, Guayaquil, 2001. pp. 53-62.

¹⁴² BĚLOHLÁVEK, Alexander J., “*Arbitration, ordre public and criminal law*”, Vol. I, Taxon, Ukraine, 2009. p. 437.

expansión a lugares antes inimaginables. Por otro lado, se observa la confluencia de una serie de elementos: La creciente complejidad de las disputas, partes de diferentes nacionalidades y costumbres, el fenómeno del sistema jurídico desconocido común en litigios internacionales, la mezcla de elementos fácticos que complican la localización de las disputas, etc., donde el arbitraje se presenta como un instrumento que ofrece a las partes autonomía sustancial y control sobre el procedimiento a emplear, en la solución de sus controversias.

Moses presenta una triada de elementos que unidos constituyen una base sólida para dar sentido al arbitraje:

1.- El consentimiento como fundamento para conferir poder decisorio a los árbitros;

2.- Ciudadanos particulares que actúan como juzgadores y;

3.- Una resolución final y vinculante¹⁴³.

Cuadro 5.

¹⁴³ MOSES, Margaret L., *"The Principles and practice of international commercial arbitration"*, Cambridge University Press, New York, 2008. p. 1. Con similar opinión BĚLOHLÁVEK, Alexander J., *op. cit.* p. 421.

4.2. Convenio arbitral

52. El estudio del convenio arbitral a lo largo de la historia moderna del arbitraje ha tenido gran relevancia e interés. No se olvide que toda la institución descansa precisamente en un acuerdo de voluntades dirigido a excluir la jurisdicción de los tribunales estatales sobre conflicto y confiar su resolución a un árbitro. Todo esfuerzo en comparar la naturaleza entre las diferentes “*variantes*” del acuerdo arbitral, llámese cláusula arbitral, cláusula por remisión o cualquier otra denominación es cosa del pasado. Actualmente aparece como una distinción superflua carente de sentido en la realidad actual del arbitraje, ¿la razón? finalmente todas estas variantes surten el mismo efecto¹⁴⁴. Si persiste la utilización de diversos nominativos se debe principalmente a la forma que reviste el compromiso arbitral.

53. No se identifica diferencia sustancial entre cláusula y el convenio arbitral. Ni siquiera respecto a la forma o en el momento de celebración. Si bien se habla de cláusulas y convenios, quizá se deba a su localización dentro de la relación contractual entre las partes. Las cláusulas son estipulaciones que unidas configuran la esencia del contrato y reflejan la voluntad de las partes¹⁴⁵. Partiendo de esa definición, una cláusula arbitral es una estipulación inserta al contrato por la que las partes se comprometen a someter al arbitraje las disputas que puedan surgir de esa relación

¹⁴⁴ González de Cossío apunta que, anteriormente, una diferenciación entre convenio arbitral y cláusula era necesaria por la hostilidad que mostraban algunos Estados contra el arbitraje, donde la cláusula era inválida, cuestión superada con la llegada de la Convención de Nueva York del 1958. *Cfr.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “*Arbitraje*”, Porrúa, México, 2008. pp. 61-62.

¹⁴⁵ LEÓN TOVAR, *op. cit.* p. 113.

contractual¹⁴⁶. Por ello, “cláusula” presupone que el acuerdo arbitral obra en el contrato, ya sea en el principal o en un contrato accesorio.

La cláusula por remisión es una variante de la anterior. Para entender su funcionamiento basta con atender la definición ofrecida por el legislador español en la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, sobre Arbitraje (LA 60/2003): “*Aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo*”¹⁴⁷. Quizá en una primera aproximación se podría concluir que el convenio arbitral por deducción es un documento elaborado por separado del contrato principal, normalmente después del surgimiento de la disputa, aunque esto como se vera no es del todo exacto. Convenio o pacto transmite la idea de acuerdo de voluntades, de tal suerte que, tanto cláusula arbitral y cláusula por remisión son “*convenios arbitrales*”¹⁴⁸ ó ¿acaso no producen los mismos efectos? La diferenciación queda, como antes de dijo, en cuestiones de lenguaje finalmente baladíes.

¹⁴⁶ Véase GAVALDA, Christian y LUCAS DE LEYSSAC, Claude, “L’arbitrage”, Dalloz, Paris, 1993. p. 24.

¹⁴⁷ Para mayor abundamiento véase la exposición de motivos de la LA 60/2003.

¹⁴⁸ Mantilla Serrano destaca el tratamiento unitario que le da la LA 60/2003 al convenio arbitral (controversias presentes) y, a la cláusula arbitral (controversias futuras). MANTILLA-SERRANO, Fernando, “*Ley de Arbitraje una perspectiva internacional*”, Iustel, Madrid, 2005. p. 77.

4.2.1. Efectos del convenio arbitral

54. El derecho fundamental de acceso a la justicia actualmente garantizado en todos los Estados civilizados está íntimamente vinculado con la potestad del individuo de excluir una controversia determinada (presente o futura) de la jurisdicción estatal, en virtud del principio de libre disposición, unido al de supremacía de la voluntad de las partes¹⁴⁹. En medio de las prerrogativas enunciadas las partes al concluir un acuerdo arbitral transpolan el *derecho* de someterse al arbitraje a un plano negativo, así se configura una *obligación* de ejercicio del derecho de acceso a la justicia bajo la jurisdicción arbitral. Con ello, este último derecho fundamental se ejerce de forma *negativa* mediante la activación obligatoria de la jurisdicción arbitral a partir del convenio arbitral.

Lorca Navarrete sostiene que el convenio arbitral determina el momento en el que surge el derecho a solucionar las controversias mediante arbitraje, ya que a través de él, las partes expresan su voluntad inequívoca de acudir a aquél¹⁵⁰. Más que un derecho se trata de una obligación, finalmente el acuerdo arbitral es vinculante e irrenunciable unilateralmente. El derecho de acceso a la justicia que se erige previamente a partir de un precepto constitucional, lo que coloca al arbitraje como

¹⁴⁹ En el mismo sentido, VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, "Artículo 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal", en GUILARTE GUTIÉRREZ y MATEO SANZ, *op. cit.* pp. 214-218, MANTILLA-SERRANO, *op. cit.* pp. 89-90.

¹⁵⁰ LORCA NAVARRETE, Antonio María, "Manual de Derecho de Arbitraje", Dykinson, Madrid, 1997. p. 209.

una jurisdicción equivalente para impartir justicia, con ello, el acuerdo arbitral crea una obligación con el mero objetivo de ejercer un derecho.

55. La cláusula arbitral excluye la competencia judicial¹⁵¹. Por definición se trata de un negocio jurídico bilateral cimentado en la autonomía de la voluntad de las partes¹⁵². Apunta Cremades que una cláusula válida y eficaz fundamenta la excepción de incompetencia de los tribunales judiciales¹⁵³ (efecto negativo). Al respecto la Ley Española de arbitraje 60/2003 consagra la inhabilitación de los tribunales para conocer sobre las controversias que se hayan sometido al arbitraje, eso sí, previa solicitud de parte (declinatoria), criterio idéntico al de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMA)¹⁵⁴.

La misma Ley-tipo autoriza el ejercicio de la declinatoria. La Nota explicativa de la LMA¹⁵⁵ señala que la solicitud de remisión al arbitraje puede formularse por cualquiera de las partes a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del asunto. Esto obedece al principio de reciprocidad traducido en la imposibilidad de

¹⁵¹ Véase art. 8 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 1424 del Código de Comercio Mexicano de 1889 y art. 11 de la Ley de Arbitraje española 60/2003 de 23 de diciembre.

¹⁵² MONTERO ESTÉVEZ, Juan Ramón, "*Convenio arbitral: efectos. declinatoria*", en MERINO MERCHÁN, José Fernando (Dir.), "*Curso de Derecho Arbitral*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. p. 103.

¹⁵³ CREMADES, Bernardo M., "*Panorámica española del arbitraje comercial internacional*", Marcial Pons, Madrid, 1975. p. 42.

¹⁵⁴ Véase Título IV del Código de Comercio de 1889.

¹⁵⁵ Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 en su versión enmendada en 2006.

dejar al arbitrio de una sola de las partes el cumplimiento del convenio¹⁵⁶, ello implica que ninguna de ellas puede privarlo de sus efectos unilateralmente¹⁵⁷. Con la simple solicitud de una de las partes el juez debe abstenerse de seguir conociendo del caso. La duda surge cuando ambas partes no se manifiestan y siguen adelante con el litigio. Tomado en cuenta que al juez no le está permitido reenviar al arbitraje oficiosamente¹⁵⁸ estaríamos ante un acuerdo tácito, que eliminaría el efecto negativo causado por la concreción de un acuerdo arbitral.

56. Con la nueva reforma al Título VI del Código de Comercio mexicano C.Com., hecha el 27 de enero de 2011¹⁵⁹ se adiciona el capítulo X. Con ésta modificación se establece un procedimiento para hacer valer la inhibitoria. Creemos que en nuevo procedimiento es útil desde el momento en que esta específicamente diseñado para desahogar la inhibitoria fundada en un convenio arbitral y obedece en cierta medida a los lineamientos de la LMA. Sin embargo, surgen ciertas dudas, por ejemplo el artículo 1464 fracción III señala que el juez que conociera del caso y en su caso remita a las partes al arbitraje debe ordenar la suspensión del procedimiento, posteriormente la fracción IV señala que una vez que el asunto se ha resuelto en arbitraje, a petición de cualquiera de las partes se dará por terminado el juicio, con ello, se crea una insana dualidad procesal. No se puede concebir el procedimiento arbitral paralelo a un

¹⁵⁶ Este principio se encuentra recogido por el Artículo 1256 del CCE el cual dispone “*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”. Disposición reproducida en el art.1797 del CCFM.

¹⁵⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, “*Obligaciones civiles*”, 5ª edición, Oxford, México, 2000. pp. 124-125.

¹⁵⁸ MANTILLA-SERRANO, *op. cit.* pp. 89-90.

¹⁵⁹ Para mayor abundamiento sobre la reforma véase capítulo III *infra*.

proceso judicial latente condicionado a la resolución mediante un laudo arbitral, pues eso crea inseguridad jurídica.

4.2.2. Forma del acuerdo arbitral

57. Sobre la forma a la que se debe ajustar el convenio arbitral Gonzalo Quiroga refiriere que dicha exigencia existe en algunos ordenamientos jurídicos por dos razones: facilita la prueba de la existencia del convenio arbitral y Protege a las partes asegurando la existencia de una voluntad consciente, libre e inequívoca de acudir al arbitraje¹⁶⁰. La forma se ha traducido en guardar el requisito de escritura otrora sacramental y rigurosísimo¹⁶¹, actualmente atenuado por una postura sensiblemente laxa asumida por las legislaciones modernas, sobre todo a partir de la enmienda de la LMA¹⁶² de 2006¹⁶³.

¹⁶⁰ Comentarios personales de la Dra. Marta Gonzalo Quiroga en el marco del Máster en Derecho de los Negocios y Litigación Internacional impartido en la Universidad Rey Juan Carlos, 2007-2008.

¹⁶¹ P. ej., el caso de la hoy abrogada Ley General de Arbitraje peruana (Ley Nº 26572) que en el artículo 10 exigía, so pena de nulidad, un soporte documental del acuerdo arbitral. sobre el tema véase MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, "Breves *notas sobre el convenio arbitral*", Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia, Nº 4, 2004.

¹⁶² Véase el capítulo II *infra*, donde se pueden encontrar comentarios sobre las recientes modificaciones de la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (2006), así como de la recomendación interpretativa de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958 (CNY58), donde se hace especial referencia de los requisitos de forma de los convenios arbitrales. Sobre el tema véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "La nueva forma del acuerdo arbitral. Aún otra victoria del consensualismo", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, Núm. 120, septiembre-diciembre de 2007.

¹⁶³ Siguiendo la tónica de la LMA, la nueva Ley sobre Arbitraje peruana, de 28 de junio de 2008, elimina el carácter formalista del acuerdo arbitral (art. 13).

La posibilidad de suscribir un acuerdo “*virtual*” rompe con el esquema tradicional de escritura. Tales acuerdos existen solamente al interior de una unidad de almacenamiento digital (disco informático), e implica una flexibilización del principio de escritura, empero, ello también se puede traducir como una nueva forma de concebirlo. Un documento es una representación física de una idea. Tradicionalmente el escrito era conformado sólo por papel y tinta, actualmente es bastante más complejo que eso. Se necesita: un ordenador, una pantalla, electricidad, etc., a pesar de ello, la forma de apropiarnos de la idea es la misma: la lectura. La adecuación de la escritura como era conocida antes de la apertura a las nuevas tecnologías no cambia el sentido de la escritura, más bien, la forma de hacerla y consultarla¹⁶⁴. Se puede hablar de una verdadera flexibilización del principio de escritura evidenciando el carácter antiformalista¹⁶⁵, característico de las legislaciones vanguardistas en la materia.

¹⁶⁴ El principio de equivalente funcional introducido en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno de Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico basado en el respeto de la necesidad de forma escrita que imponen diversos países a actos jurídicos (en este caso aplicable a la cláusula arbitral), consiste en la equiparación de la función, utilidad y seguridad del documento físico y del digital. Al respecto véase ROBLES FARÍAS, Diego, “*El comercio y la firma electrónica*”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel, CRUZ BARNEY, Óscar, GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ORTIZ AHLF, Loretta (Coords.), “*Obra homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*”, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008. pp. 562-564.

¹⁶⁵ Cfr. GONZALO QUIROGA, Marta, “*Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos*”, en GONZALO QUIROGA, Marta (coord.), “*Métodos alternos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*”, Dickinson, Madrid, 2006. pp. 214-216; ZAMBRANA TÉVAR, Nicolás, “*El nuevo régimen español de arbitraje. orígenes y perspectivas*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XXXIX, Núm. 115, Enero-Abril 2006, p. 273.

4.2.3. Autonomía del convenio arbitral

58. También llamado principio de separabilidad consiste en la independencia del convenio arbitral cuando éste se encuentra inserto en forma de cláusula, dentro del contrato que da origen al negocio jurídico entre las partes. La relación contractual parte de un acuerdo de voluntades. Ese concierto volitivo se materializa con la firma del contrato¹⁶⁶, y se integra por una serie de estipulaciones (declaraciones, cláusulas, remisiones, etc.) torneando de esa manera la relación contractual de acuerdo a las preferencias y necesidades de los contratantes.

Sin embargo, pareciera que la cláusula arbitral persigue otra finalidad: marcar la pauta para la resolución de controversias surgidas de un contrato específico¹⁶⁷, sin confundirse nunca con el contenido del contrato. La inclusión de una cláusula arbitral, no hace diferencia respecto de las prestaciones que deben concederse mutuamente las partes en la relación contractual principal. Por otro lado, algunos ordenamientos jurídicos otorgan al convenio arbitral una regulación jurídica propia y por ende un tratamiento diferenciado que define la autonomía del contrato donde se haya contenida, por ejemplo la Arbitration Act de 1996 que regula el arbitraje en Inglaterra (AA96), en el artículo 7 dispone:

¹⁶⁶ En aquellos casos donde existe el requisito de escritura.

¹⁶⁷ En sentido similar véase SILVA SILVA, Jorge Alberto, *“Arbitraje Comercial Internacional en México”*, 2ª edición, Oxford, 2001, México. pp. 87-89.

“Separability of arbitration agreement.

7. Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.”

Existen ejemplos menos claros como Ley japonesa 38/2003 sobre de Arbitraje (LAJ) que en el artículo art. 13(6) señala:

“Even if in a particular contract containing an arbitration agreement, any or all of the contractual provisions, excluding the arbitration agreement, are found to be null and void, cancelled or for other reasons invalid, the validity of the arbitration agreement shall not necessarily be affected”.

Llama la atención que el legislador japonés haya decidido emplear la palabra *“necessarily”* en la LAJ. La utilización de ese vocablo deja abierta la posibilidad de interpretación adversa al convenio arbitral, pues admite la nulidad, siguiendo la suerte del contrato principal, hecho que genera inseguridad jurídica. El ordenamiento nipón trastoca, por lo menos, en cierta medida, el principio de la autonomía de la cláusula arbitral.

59. Existe otro aspecto práctico que da sentido al principio de autonomía del convenio arbitral. Las disputas que pueden surgir a raíz de una relación contractual pueden ser de muy diversa índole, dos son especialmente útiles para el tema que se analiza, nos referimos al caso en que una de las partes plantea ante un tribunal arbitral la nulidad ó la inexistencia del contrato donde se encuentra inserta la cláusula arbitral. Park, con una visión pragmática argumenta que el principio de separabilidad permite al árbitro desempeñar su función¹⁶⁸, esto nos conduce al principio *kompetenz-kompetenz* traducido en la potestad que tienen los árbitros para resolver sobre la existencia o nulidad del convenio arbitral y determinar si existe o no mandato para conocer de la controversia¹⁶⁹.

Los árbitros gracias a la autonomía del convenio arbitral pueden pronunciarse sobre la inexistencia o nulidad del acuerdo contrato sin ver afectada su competencia, pues de ese modo la integridad de su mandato no se ve comprometida, por emanar de un acuerdo diferenciado¹⁷⁰ y sin conexión directa (en todo caso una conexión incidental posterior) a las prestaciones contractuales.

¹⁶⁸ PARK, *op. cit.* p. 96.

¹⁶⁹ DÍAZ, Soledad, ROTHSCILD, Julie y RUANOVA, Mariela, "El acuerdo de arbitraje comercial internacional del MERCOSUR", Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VI, Nº 11, 2007. pp. 21-22.

¹⁷⁰ Es el criterio sostenido por la AA96 que en la parte final del art. 7, refiriéndose al convenio arbitral inserto en un contrato (cláusula arbitral) señala: "...and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement".

4.3. Tribunal arbitral

60. Teóricamente el árbitro es una persona sin más investidura que su reputación y buen juicio. Rogers desde un punto de vista pragmático nos presenta al árbitro internacional como un individuo perteneciente a una elite, donde los miembros se caracterizan por educación de primera, vasta cultura, conocimiento de lenguas, entre otros atributos, pero reconoce que la vocación del árbitro, permanece sin definir, tanto en el aspecto descriptivo como en el normativo¹⁷¹.

El actual crecimiento del comercio internacional, la mayor participación de países en desarrollo y una nueva concepción funcional de la labor del árbitro vista como una actividad empresarial, han definido una nueva especialización del árbitro¹⁷². Su desempeño ha pasando de un romántico encargo a una tarea sumamente perfeccionada y sin atisbos de improvisación. Ahora bien, la función de un árbitro no puede ser concebida sin la voluntad de las partes, de ellas depende conferirle facultades para cumplir su función: conocer de un caso y decidirlo a través de un laudo¹⁷³. Las partes naturalmente se interesarán en acudir a un foro donde de común acuerdo elijan a quienes resolverán su controversia motivados por la confianza (sin dependencia), especialidad, trayectoria y disponibilidad.

¹⁷¹ ROGERS, Catherine A., *"The vocation of the international arbitrator"*, 20 Am.U.Int'l.L.Rev. pp. 957 y ss.

¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ Hay quien ha sostenido que los árbitros son jueces privados dada la labor jurisdiccional que realizan. ESCOBAR-MARTINEZ, Lina Marcela, *"La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro"*, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2009. p. 196.

El árbitro puede ser equiparado equipararse al juez estatal. Éste resuelve y deja zanjada la disputa entre las partes basándose en la evidencia y hechos, de forma imparcial y justa, cual si se tratara de un proceso (judicial). Sin embargo, a diferencia del juez, la jurisdicción surge únicamente de las partes a través del convenio arbitral y no del Estado¹⁷⁴.

4.3.1. Nombramiento de los árbitros

61. Dos partes que deciden acudir al arbitraje y logran con un simple intercambio de información acordar el árbitro que será nombrado para resolver su controversia parece un escenario ideal. Sin embargo, en la realidad (con ello no aseguramos que esto no es posible) existen factores que suelen complicar esa operatividad concebida en abstracto. En la *praxis* las partes que entran en un conflicto pueden tener muchas motivaciones para entorpecer la constitución del tribunal arbitral. Ya sea a modo de táctica dilatoria, ya porque en verdad tienen problemas para acordar al árbitro que más les conviene, debido a falta de comunicación o por incompatibilidad de criterio, por mal asesoramiento legal, etc., razones existen muchas.

¹⁷⁴ TWEEDDALE, Andrew y TWEEDDALE, Karen, *“Arbitration of commercial disputes international and English Law and practice”*, Oxford University Press, Great Britain, 2005. p. 649.

Sea como sea, no debemos dejar de lado que, aunque arbitraje es un Método alternativo de Solución de conflictos, basado en la voluntad de las partes, por ello deja de ser un método adversarial, donde efectivamente se presupone la buena fe y la predisposición participativa, aunque esto no siempre se respeta, por ello, se han diseñado mecanismos efectivos para poner remedio a los estancamientos que se pueden presentar en esta etapa.

El sistema que ha de implementarse para el nombramiento¹⁷⁵ de/los integrantes del tribunal arbitral dependerá de las reglas de arbitraje elegidas por las partes mediante convenio arbitral¹⁷⁶. En caso de que estas sean omisas cobrarán aplicación las disposiciones contenidas en la Ley¹⁷⁷. Tratándose de arbitrajes ad-hoc las partes deben diseñar dichas reglas. De ordinario, las leyes que regulan al arbitraje consagran el principio de igualdad entre las partes en el procedimiento de nombramiento de árbitros. Tal premisa garantiza entre otras cosas, el equilibrio procesal, la potestad dispositiva de las partes, el nombramiento de árbitros independientes y neutrales, etc. Si el principio no es respetado se corre el riesgo anulación del laudo.

¹⁷⁵ Los verbos utilizados para definir lo que hacen las partes, v. gr. seleccionar, señalar, proponer o nombrar (un árbitro) varían según la terminología usada por las instituciones arbitrales. FRIEDLAND, Paul D., *“Arbitration clauses for international contracts”*, 2ª edición, Juris Publishing, Inc. USA, 2007. p. 67. Original en inglés; *“select or designate or nominate or appoint”*.

¹⁷⁶ Art. 1427 (II) del C.Com y art. 15.2 de la LA 60/2003. Friedland pone de manifiesto la posibilidad de que las legislaciones en diversos Estados autoricen la intervención judicial en el nombramiento de árbitros cuando las partes no han adoptado reglas institucionales, y el convenio arbitral es omiso en el mecanismo de selección de árbitros. FRIEDLAND, *op. cit.* p. 66. La Legislación mexicana contempla el nombramiento judicial de árbitros en el art. 1427 (III). Por su parte, la LA 60/2003 regula la intervención judicial en el art. 15.2-7.

¹⁷⁷ TWEEDDALE, Andrew y TWEEDDALE, Karen, *“Arbitration of commercial...” op. cit.* p. 140.

62. Existen tres formulas normalmente aceptadas por las legislaciones arbitrales para el nombramiento de árbitros:

1.- El nombramiento de común acuerdo por las partes.

2.- Nombrar una autoridad nominadora (tercero extraño a la disputa). El tercero autorizado puede ser una institución de carácter público o privado que brinde el servicio de arbitraje, sea un juez ó asociaciones arbitrales¹⁷⁸.

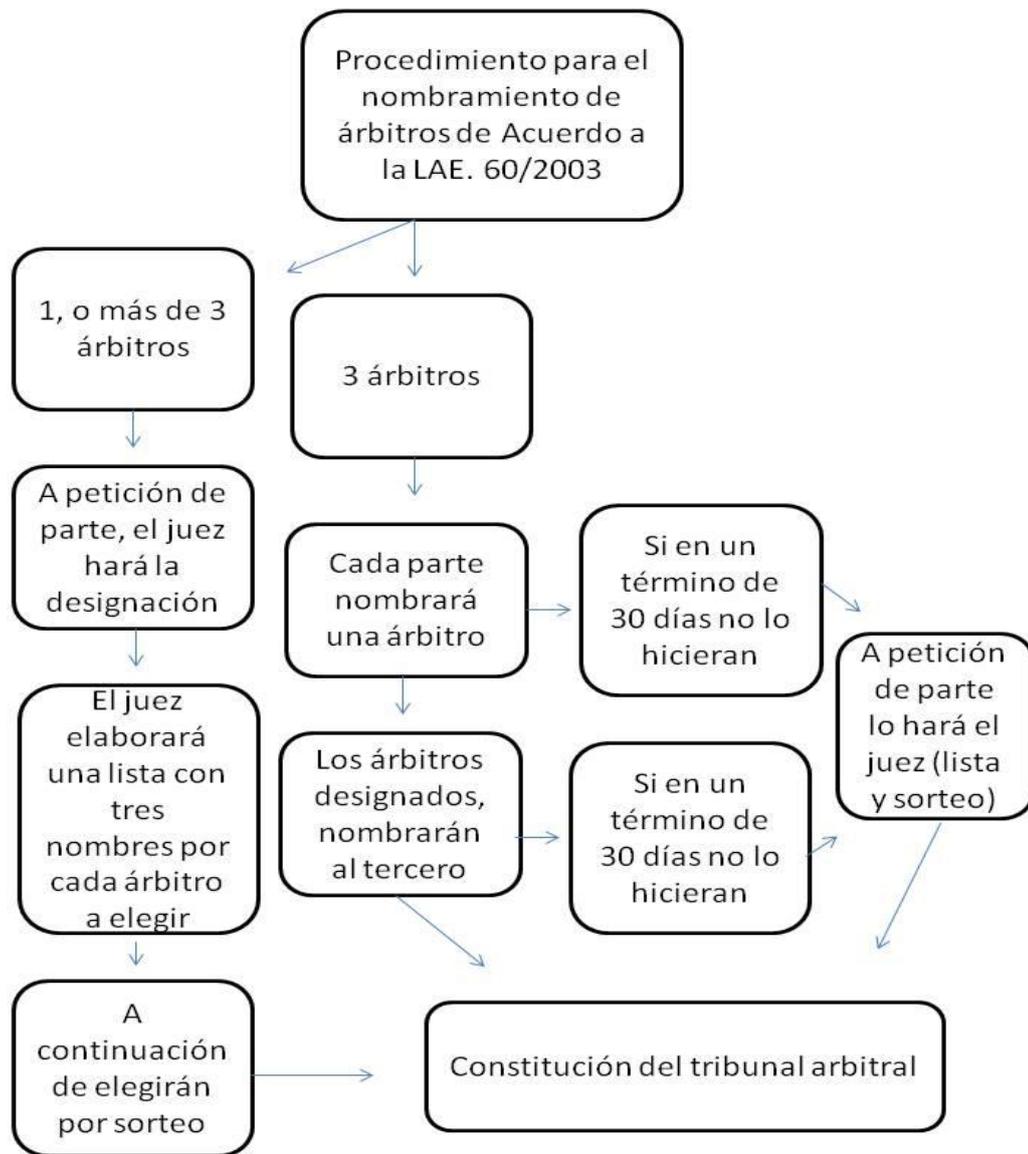
3.- El nombramiento parcial consistente en el nombramiento de un árbitro por cada una de las partes y el tercer arbitro (normalmente el presidente) elegido por los otros dos o una persona ajena cuando estos no se ponen de acuerdo¹⁷⁹.

Cuadro 5.

¹⁷⁸ La LA 60/2003 hace mención de asociaciones o entidades sin ánimo de lucro que prevean en sus estatutos funciones arbitrales. véase Arts. 8.1 y 14 de la LA 60/2003.

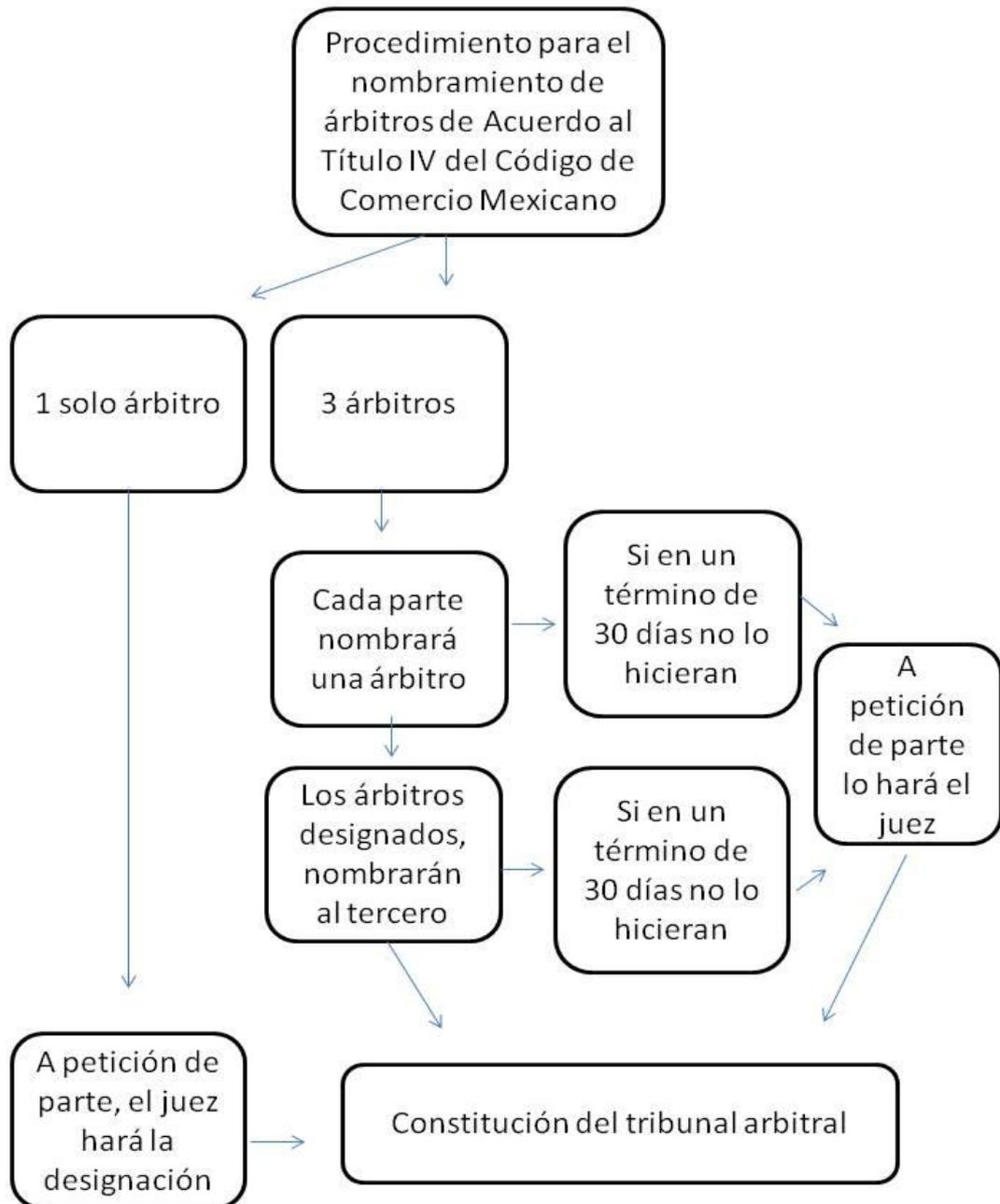
¹⁷⁹ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, *"Nuevo régimen de arbitramento manual práctico"*, 2ª edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2002. p. 159.

63. El sistema de nombramiento de árbitros que ha impuesto el legislador español¹⁸⁰ es el siguiente (art. 15.2):



¹⁸⁰ Sobre el tema Véase MONTESINOS GARCÍA, Ana, "Los árbitros en el sistema español", Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, Nº 2, 2007.

64. Por su parte, el C.Com. propone el siguiente procedimiento (art. 1427 III y IV):



Cuando el nombramiento de árbitros, por cualquier razón, deba hacerse judicialmente, la Ley mexicana sobre arbitraje contempla dos caminos distintos. En el primero caso se tramitará el nombramiento en la vía de jurisdicción voluntaria de conformidad a los artículos 530 a 532 y 534 a 537 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en virtud de una remisión dispuesta en la fracción I del artículo 1466 de Código de Comercio (última reforma de 27 de enero de 2011). La otra posibilidad se encuentra trazada por lo dispuesto en el artículo 1467 del C.Com, que dispone el nombramiento de árbitros mediante lista. Al efecto, el juez deberá enviar una lista con idéntica a las partes con por lo menos tres nombre de árbitros (por cada arbitro a nombrar), las partes manifestarán dentro de un plazo de 10 días sus preferencias y comentarios y posteriormente el juez hará el nombramiento.

Cabe señalar que el juez en todo momento tiene facultades discrecionales que ejercerá en función de las circunstancias del caso. Por ejemplo el hacer consultas a instituciones arbitrales o, incluso omitir el sistema de nombramiento por lista, en este último caso, el juez tendrá plenas facultades para nombrarlos oficiosamente.

4.4. Procedimiento arbitral

65. La equivalencia jurisdiccional del arbitraje obliga a los árbitros a guardar los principios procesales observados por los jueces. Con lo anterior se hace referencia al

respeto absoluto del debido proceso subdividido básicamente en los principios de audiencia, contradicción e igualdad. Dichos principios vistos en bloque se traducen en dar a las partes un trato igualitario y las mismas oportunidades para presentar su caso y hacer valer sus derechos.

4.4.1. Principios procesales y orden público

66. La rigurosa observancia de las de los principios procesales mínimos es un indicador de buena y saludable práctica en los procedimientos arbitrales internacionales. Gonzalo Quiroga¹⁸¹ refiriéndose a los principios de audiencia, igualdad y contradicción señala que *“integran un núcleo irreductible constitutivo del orden público procesal, actuado como armonizadores de cuestiones procedimentales en la práctica”*, sostiene que la observancia de los principios de proceso justo y equitativo compone una norma de orden público internacional, encontrando a menudo problemática con aquellas cuestiones procesales puntuales de las diferentes legislaciones¹⁸², por la falta de armonización en un contexto globalizado¹⁸³.

¹⁸¹ Gonzalo Quiroga señala que es una cuestión superada por la práctica y por la doctrina internacional, y que son muy pocos los puntos que en la actualidad arrojan dudas sobre el orden público procesal internacional en cuanto a su aceptación general. GONZALO QUIROGA, Marta, *“Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)”*, Dykinson, Madrid, 2003. pp. 161-163.

¹⁸² V. gr. el formalismo extremo requerido en los llamamientos a juicio en México.

¹⁸³ GONZALO QUIROGA, *op. cit.* pp. 161-163.

4.4.2. Reglas que gobiernan al procedimiento arbitral

67. Las reglas que atañen al procedimiento arbitral son fijadas de distinta manera al proceso judicial. Sin embargo, forma aislada es posible encontrar casos con tímidos rasgos de semejanza¹⁸⁴. En el arbitraje las partes tienen la potestad fijar sus propias reglas procesales de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, por su parte el árbitro asume el control del procedimiento arbitral siempre sujeto a esas reglas, dando oportunidad a las partes de presentar adecuadamente su caso con igualdad de trato¹⁸⁵, siempre garantizando una audiencia completa y justa, posteriormente debe estar convencido de que la información para dictar el laudo está disponible y es suficiente¹⁸⁶.

¹⁸⁴ En México existe una coincidencia procesal entre el arbitraje y el proceso judicial mercantil. El principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige al procedimiento arbitral también aplica al procedimiento judicial mercantil mexicano. El C.Com en los arts. 1051, 1052 y 1053 señala como preferente el procedimiento que libremente acuerden las partes¹⁸⁴. Sin embargo, a falta de éste, cobran aplicación las reglas procesales que determine el Código según la vía elegida por las partes, respecto del arbitraje aplican las reglas contenidas en el título IV del mismo ordenamiento.

¹⁸⁵ Ogarrío señala que por igualdad de trato ante la CCI se debe entender: 1.- Las Comunicaciones que hace un árbitro a las partes deben ir con copia a los coárbitros y al Secretario de la Corte; 2.- Un árbitro no puede discutir el fondo del asunto si no están presentes ambas partes y los demás árbitros; 3.- El contenido de las comunicaciones que se refieran a aspectos prácticos del procedimiento (fechas por ejemplo) deben ser inmediatamente transmitidos a las demás partes; 4.- El tribunal debe permitir a las partes adoptar o modificar las reglas del procedimientos incluyendo las previamente aceptadas y; 5.- El árbitro no puede discutir sobre el fondo del asunto con otro arbitro sin que se encuentre presente el tercero. OGARRIO, Alejandro, *"El procedimiento arbitral"*, en PEREZNIETO CASTRO, Leonel (Comp.), *"Arbitraje comercial Internacional"*, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2000. pp. 75-76.

¹⁸⁶ RUBEN, Alan Miles (Edit.), *"Elkouri & Elkouri: How arbitration Works"*, 6ª edición, BNA Books, USA, 2003. p. 293. Además de los derechos rectores de audiencia, defensa, igualdad y contradicción, existen algunas opiniones que identifican otro denominado principio de conducción del procedimiento. véase LOPERENA RUIZ, CARLOS Y GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *"El procedimiento arbitral"*, en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.) *et. al.*, *"Manual de arbitraje comercial"*, Porrúa, México, 2004. p. 96-97; con mayor abundamiento GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *"El Arbitro"*, Porrúa, México, 2008. pp. 81-83.

68. Diversas opciones están disponibles para las partes en la fijación de reglas procesales en el arbitraje:

1.- La elección del reglamento de arbitraje de alguna institución arbitral;

2.- La elección de una ley de arbitraje determinada, ya sea de carácter legislativo o un instrumento desprovisto de ese carácter (por ejemplo la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNIDMI);

3.- La fijación de reglas procesales una a una dentro del convenio arbitral (sin remisión a ley o reglamento, generalmente se hace en arbitrajes *Ad hoc*);

4.- no pactar ninguna regla.

Cuadro 6.

5. Delimitación de la eficacia del los acuerdos de MASC en la mediación y el arbitraje

69. El resultado obtenido del presente capítulo es la formación de un marco conceptual adecuado y suficiente que permite una visión general de los MASC. Del estado actual del desarrollo de los MASC existen dos con eficacia terminal¹⁸⁷

¹⁸⁷ Se agrega el adjetivo “terminal” ya que como se vio, la mediación, por ejemplo, puede ser eficaz como remedio a problemas comunicativos, de convivencia, etc. Con terminal se hace referencia a la

perceptible de forma clara y concisa, es decir, el tratamiento doctrinal y legislativo que se les ha dado a los acuerdos de mediación y a los laudos arbitrales permite hacer un estudio integral de su eficacia en México y España. Se puede afirmar que en la actualidad de España y México solamente se puede hablar de forma rigurosa sobre la eficacia de los acuerdos de mediación y de los laudos arbitrales. Sería difícil plantearse la tarea de justificar la eficacia de los acuerdos conseguidos mediante otros MASC, pues el estado del arte de los MASC en este momento es incipiente. Es por eso, que en los siguientes capítulos se concentrara toda la atención en los acuerdos de mediación y en los laudos arbitrales.

solución definitiva y vinculante alcanzada mediante un convenio (o laudo en el caso del arbitraje) logrado en el desarrollo de un MASC aplicado a un conflicto o controversia en concreto.

CAPÍTULO II

CONTEXTO LEGAL INTERNACIONAL DE LA MEDIACIÓN

Y EL ARBITRAJE

1. Situación actual de los MASC en el contexto internacional

1. Día a día los MASC cuentan con mayor reconocimiento mundial. En los últimos años se han hecho esfuerzos internacionales dignos de tener en cuenta para lograr estándares mínimos de armonización a gran escala en la materia. En el presente capítulo se elaborará un diagnóstico del estado que guarda la regulación legal de los métodos alternos en lo internacional y el impacto que han causado en los sistemas jurídicos nacionales. Para ello, se deben tomaren cuenta las opiniones surgidas en foros internacionales encargados del estudio y promoción de los MASC, así como los instrumentos internacionales de mayor relevancia por su impacto en la mediación, conciliación y el arbitraje.

En el anterior capítulo se ha adelantado que el desarrollo de los MASC en los diferentes sistemas jurídicos es sumamente dispar. En una primera conclusión se decía que en la actualidad solamente es posible abordar el tema de la eficacia alcanzada a través de la mediación, la conciliación y el arbitraje. Si bien es cierto que otros métodos alternos de solución de conflictos en algunos Estados o regiones efectivamente han alcanzado cierto nivel de madurez. v. gr., la implementación de los mini-trial en los Estados Unidos de Norte América. Por lo todo lo anterior se debe centrar la atención en los MASC de mayor aceptación a escala global.

2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI): naturaleza y objetivo

2. La misión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) consagrada en la Carta de las Naciones Unidas (CNU) señala que una de sus funciones de especial importancia consistente en: *“realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitarios”*¹⁸⁸. Correlacionada con la obligación impuesta a la Asamblea General de la ONU consistente en dar impulso al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación¹⁸⁹, en su momento fue el caldo de cultivo para la posterior formación de la CNUDMI.

Esta necesidad surge después de la Segunda Guerra Mundial donde las nuevas tendencias en las transacciones internacionales marcan una nueva Era denominada *“The Era of the international treaties and the modern response”*, la cual define una nueva estandarización adecuada para responder a la frecuencia y el volumen de las operaciones comerciales, en una etapa donde el enfoque tradicional del conflicto de leyes era insuficiente¹⁹⁰. De esa forma la búsqueda de seguridad en las transacciones, el número y la diversidad de las leyes nacionales que eran insuficientes e inoperantes a la hora de garantizar la seguridad requerida en el comercio internacional. La cuestión

¹⁸⁸ Art. 1 párrafo 3 de la CNU.

¹⁸⁹ Art. 13 de la CNU.

¹⁹⁰ SAPPIDEEN, Razeen, *“Harmonizing international commercial law through codification”*, Journal of World Trade, Kluwer Law international, 40(3), 2006. pp. 426-428.

agravada por las interpretaciones hechas conforme a idiosincrasias nacionales y las preferencias de las cortes con sus connacionales¹⁹¹, paulatinamente propiciaron el resurgimiento de las leyes comerciales no nacionales¹⁹², con lo que se configuró de esa forma el rediseño de un nuevo esquema internacional que rige actualmente el derecho comercial transnacional.

4. Mediante resolución 2102 (XX) de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1965, se hace especial énfasis en el hecho de que los conflictos y divergencias de las leyes de los diferentes Estados constituye un inconveniente considerable para el desarrollo del comercio mundial. Por eso se instruyó al Secretario General con el fin de elaborar un informe que contuviera: un estudio sobre la labor realizada en materia de armonización y unificación del Derecho del comercio internacional; un análisis de los criterios y métodos adecuados para la unificación y armonización de diversas materias; las consideraciones sobre los órganos de las Naciones Unidas, a los cuales se les podría encargar la labor de estimular la cooperación en la esfera del derecho del comercio internacional y fomentar su unificación y armonización progresivas¹⁹³.

¹⁹¹ Cuando se hace mención del comentario de Sappideen, sobre la preferencia de las cortes nacionales sobre sus connacionales, no se pretende generalizar. Por el contrario, resulta interesante el criterio de Derains quien señala que la neutralidad en un plano objetivo no constituye un prejuicio en contra de alguna de las partes, sino una distancia objetiva entre juzgador y cada una de las partes. Continúa diciendo que, partiendo de ese razonamiento, el juez nacional no puede ser neutral por los muchos aspectos que tiene en común con su connacional v. gr., compartir valores comunes que le permitan entender mejor los argumentos y posiciones procesales (idioma, cultura jurídica, etc.). En resumen, las diferencias culturales pueden llegar a generar que la parte extraña al sistema tenga dificultades para presentar su caso. DERAINS, Yves, "La neutralidad cultural del árbitro internacional", Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, N°2, 2007. p. 14.

¹⁹² SAPPIDEEN, *op. cit.* pp. 426-428.

¹⁹³ Véase la resolución 2120 (XX).

La anterior resolución dio lugar a un Informe del Secretario General conocido como “*Estudio del Profesor Schmitthoff*”¹⁹⁴. Dicho documento se divide en 4 partes: la primera donde se define el Derecho mercantil internacional (DMI) y las técnicas para reducir conflictos de leyes¹⁹⁵, la segunda referente a los esfuerzos de otras organizaciones en la unificación del DMI, una tercera parte donde se advierten tres métodos para lograr la unificación y armonización progresiva del DMI: 1.- la incorporación de normas mediante tratados internacionales; 2.- la elaboración de leyes modelo y; 3.- las recopilaciones de la *lex mercatoria*¹⁹⁶, donde también se estudiaron los criterios de armonización entre ellos: la proximidad geográfica, económica, cultural, etc., por lo que se propone que en materia de comercio la forma más adecuada se allanar los obstáculos es la armonización a escala mundial.

En la cuarta parte del estudio se refieren los modestos resultados conseguidos hasta ese momento en la materia. Entre otros motivos se señalaba la falta de autoridad y aceptación mundial de los organismos internacionales que lo habían estimulado, la falta de representación equilibrada de todos los Estados en su interior.

¹⁹⁴ El estudio fue realizado por el Profesor Clive M. Schmitthoff y revisado por diversos expertos en la materia. Véase el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1970, Vol. I. pp. 21.

¹⁹⁵ En el informe se hace mención los siguientes métodos: el clínico que propone crear una norma especial para resolver conflictos de leyes y de competencia y el método preventivo que consiste en la armonización de las leyes internacionales.

¹⁹⁶ El informe señala que los tres métodos son importantes y se complementan entre sí. Véase página 42 del informe.

Por esos motivos, aunado a la misión de la ONU descrita en líneas arriba quedo justificada plenamente su intervención y se recomienda la creación de la CNUDMI¹⁹⁷.

5. La CNUDMI fue creada mediante resolución 2205 (XXI) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1966. Entre otras razones para su creación, se habló de la cooperación entre las naciones como factor de promoción de las relaciones de amistad, el mantenimiento de la paz y la seguridad, las divergencias entre las legislaciones estatales como obstáculo al desarrollo del comercio mundial, la conveniencia de un proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional.

Éste Organismo integrado en un inicio por tan sólo 29 Estados actualmente se compone por 60 miembros de la ONU¹⁹⁸. Para estructurar su integración se tomó en cuenta la adecuada representación de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo, de los países desarrollados y en desarrollo¹⁹⁹. El Presidente de la Asamblea

¹⁹⁷ En un inicio se pensó en encomendar a algún otro organismo de la ONU las funciones de la actual CNUDMI. Sin embargo, se estimó que ninguna de ellas estaba en posibilidad de asumir las nuevas funciones, toda vez que la extensión de funciones y múltiples actividades no lo permitían.

¹⁹⁸ El número se elevó a 36 mediante la resolución 3108 (XXVII), de 12 de diciembre de 1973. Posteriormente mediante resolución 57/20, de 19 de noviembre de 2002, se decidió elevar el número a 60. Documentos disponibles respectivamente en:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/286/33/IMG/NR028633.pdf?OpenElement> y

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/539/13/PDF/N0253913.pdf?OpenElement>

¹⁹⁹ Véase párrafo 2 de la resolución 2205 (XXI). Los Estados que actualmente integran los CNUDMI y el año en que terminará su mandato son: Alemania 2013, Argelia 2016, Argentina 2016, Armenia 2013, Australia 2016, Austria 2016, Bahrein 2013, Belarús 2011, Benín 2013, Bolivia 2013, Botswana 2016, Brasil 2016, Bulgaria 2013, Camerún 2013, Canadá 2013, Chile 2013, China 2013, Colombia 2016, Egipto 2013, El Salvador 2013, España 2016, Estados Unidos de América 2016, Federación de Rusia 2013, Fiji 2016, Filipinas 2016, Francia 2013, Gabón 2016, Grecia 2013, Honduras 2013, India 2016, Republica Islámica de Irán 2016, Israel 2016, Italia 2016, Japón 2013, Jordania 2016, Kenya 2016, Letonia 2013, Malasia 2013, Malta 2013, Marruecos 2013, Mauricio 2016, México 2013, Namibia 2013, Nigeria 2016,

General (AG) será quien designe a través de sorteo, a la mitad de los miembros por periodos 6 años y a la otra mitad por periodos de 3 años²⁰⁰. Los Estados participantes elegirán un representante destacado en materia de DMI.

El proceso de armonización y unificación del DMI según la resolución 2205 (XXI) se llevará a cabo mediante: la labor coordinada con las organizaciones que realizan actividades en ese campo, el fomento de la participación en el marco convencional, la aceptación de las Leyes modelo preexistentes en la materia, la preparación de nuevas convenciones, leyes modelos y la codificación de la *Lex Mercatoria*, así como asegurar el fomento de métodos de interpretación y aplicación uniforme de los instrumentos antes descritos.

6. La CNUDMI desde su creación ha trabajado en la preparación de diversos tipos instrumentos internacionales. Los principales son:

Noruega 2013, Pakistán 2016, Paraguay 2016, Polonia 2012, Reino Unido e Irlanda del Norte 2013, República Checa 2013, República de Corea 2013, Senegal 2013, Singapur 2013, Sri Lanka 2013, Sudáfrica 2013, Tailandia (2016, Turquía 2016, Ucrania 2014, Uganda 2016, Venezuela 2016.

²⁰⁰ Véase párrafo 8 de la resolución 3108 (XXVIII) y párrafos 2 y 3 de la resolución 57/20 Doc. A/Res/57/20.

Convenios internacionales de carácter multilateral: es un sistema de codificación internacional utilizado con vistas a conseguir uniformidad en algún tema, cuya única limitante consiste en las reservas que puedan hacer los Estados suscriptores, siempre y cuando el instrumento lo permita.

Leyes modelo: también llamadas leyes-tipo son textos en forma de cuerpo legislativo cuya finalidad persigue conseguir armonización en un tema determinado. Su diseño permite que los Estados puedan incorporarlas en su ordenamiento de formal literal o con adecuaciones al sistema jurídico existente en el Estado que la incorpora. Esta flexibilidad ha permitido que algunas de ellas gocen en la actualidad de gran aceptación p. ej. la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional que a fecha de hoy ha sido incorporada por más de 50 Estados.

Guías legislativas y recomendaciones: cuando un tema no ha madurado lo suficiente puede ser complicada la elaboración de una convención o una Ley Modelo. Sin embargo, con el objetivo de comenzar un proceso de armonización, se crean las guías legislativas. Se trata de textos que aportan soluciones legislativas²⁰¹.

Reglas Contractuales: se trata de disposiciones contractuales modelo puestas a disposición de los operadores del comercio internacional. Su objetivo es ser incluidas en los contratos internacionales. Básicamente son cláusulas con los elementos necesarios para evitar patologías y asegurar el buen desempeño de los contratos, lo

²⁰¹ Véase la Guía de la CNUDMI. Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, párrafos 40-42. En http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

que garantiza su eficiencia.

Guías Jurídicas: Son instrumentos que versan sobre problemas en la preparación de determinados tipos de contrato y proponen soluciones para su elaboración. Son meras orientaciones para evitar, en lo posible, el mal funcionamiento de los contratos internacionales²⁰².

Cuadro 1.

En los siguientes epígrafes se abordarán las Leyes Modelo sobre conciliación y arbitraje. La primera de ellas es un claro referente de principios. La segunda ha significado un baluarte en la unificación de principios y armonización de las diferentes legislaciones Estatales.

3. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (LMC)

7. Antes se ha dicho que uno de los principales objetivos de la ONU es realizar la cooperación en la resolución de conflictos internacionales, entre ellos, los económicos. Partiendo de este punto es lógico que se haya visualizado la conveniencia y viabilidad de una ley-tipo sobre conciliación, pues finalmente se trata del medio asistido de

²⁰² Véase el ABECÉ de la CNUDMI. Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/uncitral-leaflet-s.pdf>.

resolución de conflictos más económico, rápido y funcional del que se dispone en la actualidad.

8. La CNUDMI ha considerado de vital importancia el impulso de la mediación. Esto es porque se la ha considerado un método de arreglo solución de controversias diferenciado de las negociaciones “*normales*” gracias al papel del tercero involucrado que no actúa en beneficio de ninguna de las partes, sino de forma independiente y neutral²⁰³. Es una alternativa a procedimientos costosos y prolongados (judiciales o arbitrales), además tiene mayores alcances por sustentarse en la voluntad de las partes, por ende, con aplicación a casi cualquier procedimientos jurídico²⁰⁴. Además se configura como un instrumento equitativo que atiende las preferencias de las partes sin limitarse a la resolución del conflicto basado en un fallo fundado solamente en lo que se considera jurídicamente correcto²⁰⁵.

La CNUDMI ha considerado adecuado incluir conceptualmente la mediación dentro de la conciliación, lo cual se antoja lógico, dada la gran disparidad de criterios doctrinales y prácticos existentes al interior de los Estados²⁰⁶. Esto obliga a que en el presente capítulo se siga la tónica utilizada por los diversos textos que la Comisión ha adoptado, en el sentido utilizar el la palabra conciliación para referirse también a la

²⁰³ Véase Doc. A.CN.9/460, párrafo 8.

²⁰⁴ La materia debe ser disponible por las partes de conformidad al sistema jurídico de que se trate.

²⁰⁵ Doc. (A.CN.9/167) de 2 de abril de 1979, localizable en el Anuario de la CNUDMI, Vol. X, 1979. pp. 92-100.

²⁰⁶ Sobre el tema véase el apartado 3.2. *infra*.

mediación. En el capítulo I se ha deslindado la conciliación de la mediación²⁰⁷. Sea como sea, en las próximas líneas se procurará hacer las precisiones necesarias para no caer en confusiones.

9. Para estar en posibilidad de formarnos un panorama general que revele la importancia e impacto de la LMC, se hace necesario detenerse brevemente en los antecedentes que allanaron el camino para su posterior adopción. En la 11ª sesión de la CNUDMI se decidió adoptar un nuevo plan de trabajo, entre otras cosas se incluyó dentro del rubro del arbitraje comercial internacional: la conciliación de disputas comerciales internacionales, en relación con el arbitraje y con las reglas de arbitraje de la CNUDMI²⁰⁸. Con fundamento en esa decisión se instruyó al Secretario General para que formulara un informe sobre el tema²⁰⁹, mismo que fue preparado²¹⁰ y posteriormente presentado²¹¹, a la par de un proyecto de reglamento sobre conciliación de la CNUDMI²¹². El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (RC) fue aprobado mediante la resolución 35/52 de la AG, el 4 de diciembre de 1980.

10. Después de la adopción del RC hubo diversos foros de discusión y opiniones que sugerían la necesidad de armonizar la normativa de conciliación internacional.

²⁰⁷ Véase apartado 3.2 del capítulo I.

²⁰⁸ Véase Report of the Secretary-General: conciliation of international trade disputes (A/CN.9/197). Reproducido en el Year Book of the United Nations Commission on International Trade Law, 1979, Volume X. pp. 92 y ss.

²⁰⁹ Véase el Informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 11º período de sesiones, suplemento 17, especialmente los párrafos 40, 41 II (H), 67 (a)(b)(c)-IV y 69.

²¹⁰ La preparación del informe fue el resultado de consultas con el Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial y la Cámara de Comercio Internacional.

²¹¹ Doc. (A.CN.9/167) de 2 de abril de 1979.

²¹² El Profesor Pieter Sanders actuó como asesor en los preparativos de dicho proyecto.

Pero fue hasta 1999 mediante una nota de la Secretaria de la CNUDMI denominada “*Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional*”²¹³, donde tomando en cuenta la frecuente utilización de la mediación internacional, así como la frecuente referencia algunos reglamentos institucionales y el RC, finalmente se sugiere la conveniencia de la preparación de reglas modelo uniformes sobre conciliación²¹⁴.

Posteriormente se encomendó a un grupo de trabajo²¹⁵ abordar como tema prioritario de estudio la conciliación²¹⁶. Tras un cuidadoso proceso de análisis se materializó una propuesta de Ley-tipo a través del documento A/CN.9/487²¹⁷, propuesta depurada en un proyecto completamente definido que consta en el documento A/CN.9/506²¹⁸, para después ser finalmente aprobado en 2002²¹⁹ como Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (LMC). A fecha de hoy, ha significado un gran avance respecto del reglamento de arbitraje de la CNUDMI. Presenta rasgos adecuados a la realidad global de la mediación v. gr, la disminución de formalismos innecesarios e inoperantes en la mediación internacional.

²¹³ Doc. A/CN.9/460.

²¹⁴ Véase párrafo 19.

²¹⁵ Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)

²¹⁶ Véase párrafos 340 al 343 y 380 del Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en el 32º período de sesiones, suplemento nº 17 (A/54/17).

²¹⁷ Basado en el proyecto de LMC, A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V01/815/73/PDF/V0181573.pdf?OpenElement>.

²¹⁸ En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V01/900/31/PDF/V0190031.pdf?OpenElement>.

²¹⁹ Véase párrafo 141 del Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 35º período de sesiones. Suplemento 17 (A/57/17).

En resumen, la aprobación de la LMC persigue los siguientes objetivos: Minimizar la judicialización de la conciliación, reafirmar el principio de autonomía de la voluntad de las partes, proteger la información revelada en los procesos conciliatorios, armonizar la práctica de la conciliación en las distintas legislaciones y facilitar el arreglo de controversias de difícil resolución legal²²⁰.

3.1. La Proyección de la LMC en los sistemas jurídicos nacionales

11. Algún jurista ha señalado que el crecimiento de la mediación comercial internacional como método alternativo de resolución de conflictos puede darse en una de tres maneras:

²²⁰ En el mismo sentido DÍAZ, Luis Miguel, *“Negociación y conciliación como medios para la resolución de conflictos de inversión y comercio en el Derecho Internacional”*, en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia y WÖSS, Herfried, *“Arbitraje en materia de inversiones”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UMAN. 2010. pp. 89-90.

1.- Con el establecimiento gradual de la mediación como uso y costumbre entre los operadores del comercio internacional;

2.- El desarrollo de un *jurisconsultorium*²²¹ global entre las asociaciones internacionales de comercio, árbitros, juristas, académicos, etc. y;

3.- La oportuna adopción y aplicación de la LMC en los sistemas legales domésticos²²².

Cuadro 2.

12. Es cierto que la aprobación de la LMC en un inicio trajo una movilización importante entre los operadores de la mediación sobre todo en América del Norte. En Canadá the Uniform Law Conference of Canada (ULCC) integró un grupo de trabajo para elaborar un proyecto legislativo acorde a la LMC, a raíz una propuesta del Departamento Federal de Justicia. La propuesta debía proyectarse como base para armonizar la legislación sobre mediación en ese país, lo que dio como resultado que en agosto de 2005 la ULCC adoptara la Uniform *[International]* Commercial Mediation Act posteriormente implementada en los Estados de Nueva Escocia en 2005²²³ y Ontario en 2010²²⁴.

²²¹ Por *Jurisconsultorium* o *Jurisconsultus* se entiende las consideraciones doctrinales, jurisprudencia, antecedentes, escritos académicos de todas las jurisdicciones incluyendo extranjeras o internacionales y la reciprocidad. MAZZACANO, Peter J., "*Brown & Root Services v. Aerotech Herman Nelson: The continuing plight of the U.N. Sales Convention in Canada*", *Review of the Convention on Contracts of the International Sale of Goods Pace International Law Review*, 2003-2004. p. 176.

²²² PRIBETIC, Antonin I., "*The third option: international commercial mediation*", *World of Arbitration & Mediation Review*, Vol. 1, N° 1, 2007. pp. 573-574.

²²³ *Idem*.

²²⁴ Dato obtenido del sitio web de la CNUDMI: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html.

En los Estados Unidos de Norte América fue aprobada la Uniform Mediation Act (UMA) en el marco de la conferencia anual de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCUSL) celebrada en West Virginia, entre del 1 al 7 de agosto de 2001, y aprobada en 2002 por la American Bar Association (ABA). Posteriormente fue revisada y enmendada en 2003 con el objeto de extender los efectos de confidencialidad a la mediación comercial internacional de acuerdo a la LMC²²⁵. Actualmente la UMA ha sido adoptada por 11 Estados de ese país²²⁶.

Además de Canadá y Estados Unidos en Norteamérica según datos de la CNUDMI otros 7 Estados cuentan a fecha de hoy con legislación basada en la LMC: Albania, Croacia, Eslovenia, Honduras, Hungría, Montenegro y Nicaragua. Casi un lustro después aprobación de la LMC su éxito ha sido calificado de modesto sobre todo si se compara con la aceptación a la LMA²²⁷. Sin embargo, el panorama no es del todo desalentador, finalmente su aceptación en 9 Estados es un número significativo que quizá en los próximos años generará un efecto incluyente, y más Estados se sumen al movimiento armonizador.

²²⁵ Véase DEASON, *op. cit.* pp. 4-5.

²²⁶ De acuerdo a los datos de la NCUSL, los Estados que han incorporado la UMA son: Idaho, Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, South Dakota, Utah, Vermont, Washington y District of Columbia. [http://www.nccusl.org/Act.aspx?title=Mediation Act](http://www.nccusl.org/Act.aspx?title=Mediation%20Act).

²²⁷ En igual sentido MEREMINSKAYA, Elina, "*Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional en la práctica legislativa contemporánea*", en GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (Edit.), CARDOZA MOYRON, Rubén y STEELE GARZA, José Guadalupe (Coords.), "*Mediación y arbitraje, Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León*", Porrúa, México, 2009. pp. 19-22.

13. Otro factor a tomar en cuenta para la falta de entusiasmo en la acogida de la LMC es el estado legislativo de la mediación al interior de los Estados. Quizá el cálculo no fue del todo acertado. A primera vista, el *status* incipiente o la ausencia de legislación de sobre mediación y conciliación en los distintos países parecería un momento propicio para poner en marcha (desde el comienzo) un proceso coordinado a nivel global de armonización en la materia, sin embargo, la otra cara de la moneda es la desconfianza, el desconocimiento y subutilización por diversos sectores gubernamentales y gremios profesionales de esta clase de métodos de resolución de conflictos.

3.2. La conciliación y la mediación en la LMC

14. Existen diversas opiniones sobre la acumulación conceptual que hace la LMC de la conciliación y la mediación. En su momento se analizó la cercanía entre ambos mecanismos²²⁸, donde en una primera aproximación se concluyó que el factor decisivo para la diferenciación radica en la intensidad del papel asumido por el facilitador. Una lectura atenta del artículo 1.3 de la LMC²²⁹ pone de manifiesto el reconocimiento de la mediación y otros procedimientos (si es que llegaran a presentarse), con un factor denominador común: *“la intervención de un tercero que les preste asistencia en la*

²²⁸ Véase capítulo I de la presente investigación.

²²⁹ Art. 1.3. *“A los efectos de la presente Ley se entenderá por “conciliación”, todo procedimiento designado por términos como conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes, soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”.*

resolución de su controversia". La utilización del vocablo "*equivalentes*" implica dos métodos de igual valor en la resolución de conflictos con distinto contenido teórico, ya que existen diferencias formales relevantes de cara al acuerdo de mediación²³⁰, tan es así que, la LMC reconoce expresamente a la mediación como procedimiento.

Lo anterior deja entrever una cercanía innegable entre las figuras, pero no una confusión absoluta, de ahí se advierte una *equidistancia* concebida por la Ley-tipo que más bien denota un paralelismo algunas veces coincidente en la *praxis*, esto es, cuando la mediación deriva en conciliación. Sin embargo, el reconocimiento de la existencia de distintos procesos pareciera artificial dentro de la LMC al ser contrastado con lo dispuesto por el artículo 6.4, donde se faculta al tercero para que proponga a las partes soluciones en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio, lo cual, en principio priva de todo sentido el reconocimiento de la mediación como procedimiento equivalente y por lo mismo equidistante, pues a la luz de las teorías más aceptadas el proponer soluciones es propio del conciliador más no del mediador.

Esta falta de claridad de alguna manera se atenúa por lo dispuesto en el artículo 3, donde se faculta a las partes a modificar o excluir cualquier disposición de la LMC. De esa forma las partes pueden dejar sin efecto el art. 6.4, y sólo en ese momento cobraría sentido refundir dentro de un mismo concepto procedimientos de similar naturaleza, pero con diferente contenido dinámico (intensidad del rol del facilitador).

²³⁰ V. gr. la forma de manifestar el consentimiento en una mediación y una conciliación puede encerrar rasgos distintos. véase el epígrafe 1.3.1 del capítulo IV *infra*.

Sea como sea, la cuestión la cuestión no queda del todo resuelta. La fusión que hace la LMC sigue siendo dudosa ya que no puede depender de las provisiones que tomen las partes al sujetarse directamente la Ley-tipo²³¹ (o en su caso una legislación domestica que la adopte de forma literal como sucede con la Ley modelo sobre arbitraje) en la resolución de su controversia.

4. Importancia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMA)

15. Uno de los instrumentos de mayor relevancia en el mundo del arbitraje es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (LMA). Esta Ley-tipo fue gestada a lo largo de la década del 70. Todo partió de diversas inquietudes en torno a hacer modificaciones a la Convención de Nueva York de 1958 (CNY58). En el marco del décimo período de sesiones de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Comité Jurídico Consultivo Asiático Africano formuló algunas recomendaciones²³², entre las cuales se hizo hincapié en llevar a cabo la preparación de un “*protocolo de la Convención de Nueva York de 1958*”²³³. Sin embargo, en esa ocasión se llegó a la conclusión de que debido al obtenido por la Convención no era viable una medida tan radical.

²³¹ Las partes basándose en la autonomía de la voluntad pueden pactar que la LMC, o el RC, aplique al procedimiento conciliatorio en el que están inmersas.

²³² Sobre la historia de los Estados participantes en la CNUDMI. Véase http://www.uncitral.org/uncitral/about/origin_history.html

²³³ Véase Doc. A/CN.)/169.

Posteriormente en el informe del periodo surgió la propuesta y, en consecuencia la encomienda de preparar un proyecto sobre normas uniformes sobre arbitraje comercial internacional²³⁴, que después llegaría a consolidarse como la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI²³⁵. En cierta parte, las razones para poner en marcha un proyecto tan ambicioso fueron los problemas generados por las disparidades advertidas entre los distintos sistemas jurídicos nacionales que regían la materia²³⁶. Se necesitaba de alguna manera limitar las incompatibilidades para lograr incentivar la interacción de los actores del comercio internacional en la solución de conflictos internacionales, por eso uno de los objetivos prioritarios fue dirigir todo esfuerzo a la armonización de los distintos sistemas legales de arbitraje²³⁷.

Esta Ley-Tipo fue diseñada bajo esa idea, es decir, ser compatible, entendible y asimilable en cualquiera de los distintos sistemas jurídicos del mundo. La Asamblea General haciendo un llamado a la comunidad internacional recomendó expresamente “examinar” la Ley Modelo de la UNICITRAL sobre Arbitraje Comercial²³⁸. A su vez, la CNUDMI ha invitado a la comunidad internacional a incorporar la Ley-tipo a su sistema jurídico insistiendo en la conveniencia de respetar en la medida de lo posible la

²³⁴ Doc. A/CN.)/169.

²³⁵ REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *“Teoría práctica del arbitraje comercial internacional”*, Aranzadi, Navarra, 2006. pp. 144-145.

²³⁶ ESPLUGUES MOTA, Carlos A. y MCNERNY, Mary, *“Aproximación a la nueva Ley Modelo de UNICITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional”*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1986. p. 11.

²³⁷ GONZALES DE COSSÍO distingue entre lo que es “uniformar” y “armonizar”. Según este autor, en el primer caso, se trata del objetivo de incorporar el mismo precepto en jurisdicciones uniformadas, en el segundo, no obstante, de que la disposición legal es distinta, las normas no se contradicen entre sí, es decir son “armónicas”, o lo que se podría denominar compatibles. Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *“Arbitraje”*, Porrúa. México, 2004. pp. 11-12.

²³⁸ Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985, de la Asamblea General de la Naciones Unidas.

fidelidad del texto modelo²³⁹. Se trata de un cuerpo legal bien balanceado y asimilable gracias a la labor de estudio realizada al seno de la CNUDMI, además ha sido inspirada y compatibilizada con la CNY58, y con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI²⁴⁰. Así se ha configurado un régimen completo y funcional de arbitraje para evitar problemas jurídicos y de interpretación.

4.1. La proyección de la LMA en los sistemas jurídicos nacionales

16. El arbitraje es una institución antigua que se ha mantenido más o menos constante a lo largo de la historia. Esta institución algunas veces ha sido limitada a partir de la aparición del Estado moderno y su monopolio sobre la justicia, junto al fuerte arraigo del concepto de soberanía en las naciones. Sin embargo en el siglo XX y lo que ha transcurrido del XXI, se ha experimentado un desarrollo sin precedentes, antaño difícilmente imaginable, donde la conformación de una jurisprudencia internacional bien definida, la codificación del derecho internacional a través de un sólido entramado de convenios internacionales con distinta misión y alcance²⁴¹, la creciente necesidad de seguridad en las relaciones internacionales y la paulatina

²³⁹ Nota explicativa de la Secretaría General de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006.

²⁴⁰ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *“Tratado de arbitraje comercial en América Latina”*, Iustel, Madrid, 2008; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *“La globalización normativa del arbitraje comercial internacional: La labor de la CNUDMI/UNCITRAL”*, en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (Dir.) y MENDOZA MURGADO, Katty (Coord.), *“Arbitraje comercial y arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el mundo”*, Ediciones Magna, Lima, 2008. p. 696.

²⁴¹ En materia de arbitraje existe un variado acervo de instrumentos internacionales que regulan su operatividad. Estos comprenden acuerdos multilaterales, acuerdos regionales P. ej. los tratados de libre comercio, acuerdos bilaterales entre estados p. ej., los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), etc.

modificación de las relaciones Estado-individuo, han cincelado una sólida institución²⁴².

17. Muchos éxitos se han conseguido en el arbitraje internacional a partir de la aparición de la CNY58. La convención ha significado un factor decisivo para dar al arbitraje la anhelada eficacia terminal, pues fija reglas claras y sencillas para el reconocimiento de laudos arbitrales. En la actualidad ha sido ratificada por más de 140 países, además de ser el primer instrumento que ha logrado establecer consonancia en el mundo del arbitraje internacional²⁴³. Los tratados multilaterales normalmente causan un efecto unificador del derecho internacional. Por ello los Estados normalmente son cautelosos en su ratificación, pues significa un sólido vínculo a un régimen estricto muchas veces difícil de asimilar. El tendón de Aquiles de esta clase de instrumentos radica en su rigidez, si bien atenuada por las reservas que los Estados puedan llegar a formular. Las convenciones son instrumentos firmes y sólidos que sirven para ordenar y redireccionar tendencias en el marco internacional, al establecer pilares básicos que soporten una institución jurídica en su aplicación cotidiana al tráfico jurídico internacional.

18. En contraste una ley modelo es flexible y modificable a la sazón de cualquier sistema jurídico. Se trata de ordenamientos pensados no en la unificación, sino en la

²⁴² Con similar opinión véase CHILLÓN MEDINA, José María, *“Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular”*, en GONZALO QUIROGA, Marta (coord.), *“Métodos alternos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar”*, Dickinson, Madrid, 2006. pp. 247-249.

²⁴³ Con similar opinión PERALES VISCASILLAS, *op. cit.* p. 696.

armonización, en otras palabras, tienen como misión principal hacer compatibles las legislaciones de los Estados donde sea adoptada. Las leyes-tipo siempre dotadas de mayor movilidad son flexibles y fácilmente adaptables a cualquier sistema jurídico, además ofrecen un modelo de cuerpo normativo e incorporan principios universales muchas veces relegados por tradiciones y usos particulares de cada Estado. Con esto no se pretende restar importancia a uno u otro tipo de instrumento, ambos son necesarios y utilizables para fines específicos.

19. El mayor éxito de la LMA es que ha logrado modificar y armonizar más de 60 sistemas arbitrales. Así se ha logrado permear la anterior reticencia estatal al arbitraje comercial, logro sin precedentes que ha venido redefiniendo horizontes en las últimas tres décadas. Los meritos son tales que, ya no es raro encontrar leyes prácticamente idénticas en diferentes Estados con distintas ideologías, idiosincrasias, pertenecientes a variadas corrientes jurídicas llámese: Civil Law, Common Law, sistemas islámicos, etc., en las más variadas latitudes²⁴⁴.

²⁴⁴ Hasta junio del 2011, la Ley Modelo de la UNCITRAL se ha adoptado en los siguientes Estados: Alemania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Brunei Darussalam, Bulgaria, Camboya, Canadá, Chile, China (Hong Kong y Macao), Chipre, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Egipto, Eslovenia, España, Estados Unidos de América (en los estados de California, Connecticut, Florida, Illinois, Luisiana, Oregón y Texas), Estonia, la Federación de Rusia, Filipinas, Georgia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Macedonia, Lituania, Madagascar, Malta, Mauricio, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (en Escocia y las Bermudas), República de Corea, la República Dominicana, Ruanda, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda, Venezuela, Zambia y Zimbabwe. Véase el sitio web de la CNUDMI: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

En la actualidad existen regiones que bien podrían ser denominadas “*zonas francas de arbitraje*” un claro ejemplo es Latinoamérica. En esos lares la gran mayoría de los estados pertenecientes a la región han conseguido armonizar sus legislaciones. De hecho, muchos de ellos con la visión de constituirse como sede de arbitrajes internacionales. En algunos casos la transposición ha sido gradual, v. gr., el caso de México (en dos etapas), otros más de forma espontánea, rápida y continuada, como el caso peruano. El remanente es un claro proceso armonización que no deja lugar a dudas de que efectivamente se están consiguiendo los objetivos planteados inicialmente por la CNUDMI en un espacio de tiempo bastante reducido²⁴⁵.

4.2. Modificaciones hechas a la LMA en 2006

20. La constante evolución de las nuevas formas de interacción entre los actores del tráfico jurídico internacional obliga a revisar y ajustar los instrumentos jurídicos

²⁴⁵ Sobre el impacto de la LMA en Latinoamérica véase CONEJERO ROOS, Cristian, “*Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica*”, Revista Internacional de Arbitraje, Enero-Junio 2006, Bogotá. pp. 13-104. Sobre particularidades en la adopción de la LMA en Chile Véase MEREMINSKAYA, Elina, “*La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en la práctica legislativa contemporánea*”, en GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (editor), STEELE GARZA, José Guadalupe y CARDOZA MOYRÓN, Rubén, “*Mediación y arbitraje Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León*”, Porrúa, 2009; VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, “*La Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile y su análisis comparativo con la Ley española*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Semestre II, 2005. En México véase GORJÓN GÓMEZ, Francisco, “*Arbitraje comercial y ejecución de laudos*”, McGraw-Hill, 2001, México. pp. 45-55; SIQUEIROS, José Luis, “*Las reformas (1993) referentes al arbitraje comercial en México*”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1994, p. 343. En Paraguay véase FILÁRTIGA LACROIX, Carlos A., “*Análisis comparativo de la Ley de Arbitraje y Mediación respecto de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial*”, en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (coord.), “*Arbitraje y mediación*”, Intercontinental Editora, Asunción, 2003. pp. 333 y ss. En Perú véase MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, “*La nueva Ley de Arbitraje peruana*”, *Reforma Judicial Revista de Mexicana de Justicia*, N° 13, Enero-Junio, 2009. p. 173-174. En Venezuela véase BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn y ISIS VILLAROEL, Ivette, “*La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y su impacto en el Ordenamiento Venezolano*”, Revista de Derecho de la Universidad del Norte, N° 029, 2008, Colombia. pp. 237-266.

periódicamente. Esto puede darse a través de enmiendas al régimen existente o mediante la instauración de un nuevo régimen jurídico que responda eficazmente a los requerimientos sociales en una época determinada. La LMA no fue la excepción. En el año 2006, se llevaron a cabo diversas enmiendas significativas al formato original de 1985²⁴⁶, las cuales ya han sido asimiladas por algunos Estados p. ej., Perú en su más reciente Ley de Arbitraje²⁴⁷. Las reformas a la Ley Modelo se enfocaron básicamente en la revisión del acuerdo de arbitraje, el desarrollo de las medidas cautelares y órdenes preliminares²⁴⁸. Estas reformas modificaron y adicionaron los artículos 1.2, 2.A, 7, a su vez, se creó el capítulo IV.A y el artículo 35.2.

4.2.1. Primera enmienda

21. El Artículo 1.2 se refiere al ámbito de aplicación de determinados artículos de la LMA (cuando es adoptada por un sistema legal) cuando la sede del arbitraje se localiza en Estado distinto al lugar donde se lleve el arbitraje. Para el caso se agregaron los artículos 17.H, 17.I, 17.J relativos a las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral o por los tribunales estatales (su reconocimiento y ejecución, así como los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución).

²⁴⁶ Véase documentos A/CN.9/605, A/CN.9/606 y A/CN.9/607.

²⁴⁷ La anterior Ley General de Arbitraje Peruana (Ley N° 26,572) se basaba en los lineamientos de la Ley Modelo de Arbitraje. Sin embargo, dicha Ley fue abrogada mediante Decreto Legislativo N° 1071 de 27 de junio del año 2008, el cual consiste en una nueva Ley de Arbitraje vigente a partir del 1 de septiembre del mismo año. Véase CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y J. CAIVANO, Roque, "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana", Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. VIII, 2008. pp. 6-31.

²⁴⁸ Véase SIQUEIROS, José Luis, "La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional", Revista de Derecho Privado, Nueva Época, año VII, Núm. 21-22, Septiembre de 2008-abril de 2009. pp. 125-131.

4.2.2. Segunda enmienda

22. Consiste en la incorporación del artículo 2.A al cuerpo de la LMA. En concreto la Comisión consideró que era necesario recordar que para la interpretación de la Ley Modelo se deberá tener en cuenta su origen internacional, así como que su principal objetivo es *“promover la uniformidad en su aplicación, teniendo siempre en cuenta la buena fe”*. Además se reconocen expresamente los principios generales del derecho sobre los que se fundó la Ley Modelo como auxiliares en cuestiones en que ésta presente lagunas o dudas respecto a su implementación.

4.2.3. Tercera enmienda

23. Desde la década de los años noventa existían serias inquietudes en torno a la conveniencia de una revisión del artículo 7.2 (requisito de forma escrita del convenio arbitral)²⁴⁹. Con la nueva enmienda se optó por crear dos versiones del artículo:

En la opción I: se hace un desglose detallado de los requisitos que se deben tomar en cuenta para determinar que el acuerdo arbitral consta por escrito. Se señalan las vías por las que se puede pactar dicho acuerdo e incluye prácticamente todos los

²⁴⁹ Véase UZELAC, Alan, *“Written form of the arbitration agreement towards a revision of the UNCITRAL Model Law”*, Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 12, 2005. p. 112.

medios electrónicos disponibles en la actualidad. A su vez, impone como requisito indispensable que el documento quede disponible para ulterior consulta, de esa forma se actualiza la LMA a las nuevas tecnologías en concordancia con las nuevas prácticas del comercio internacional²⁵⁰. Por otro lado, se mantiene las modalidades clásicas de aceptación del pacto arbitral: 1.- Intercambio de escritos de demanda y su respectiva contestación de la existencia del acuerdo, siempre y cuando no sea negada por cualquiera las partes; 2.- La remisión hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, si esta forma parte del contrato.

Opción II: Se hace una definición de lo que es un acuerdo arbitral, básicamente se elimina todo requisito sobre forma escrita²⁵¹.

4.2.4. Cuarta enmienda

24. Se basa en la creación de un nuevo capítulo sobre medidas cautelares y órdenes preliminares. Estos conceptos que a primera vista pueden generar cierta confusión. En un principio se consideró²⁵² que las medidas cautelares eran una modalidad de las ordenes preliminares, sin embargo, se llegó a la determinación que una equiparación de esa naturaleza resultaría artificial y que tal vez daría lugar a

²⁵⁰ Antes de las enmiendas a la LMA ya existían algunas legislaciones que contemplaban el acuerdo de arbitraje en su forma equivalente, es decir, aquel que rompe el esquema de la escritura tradicional y se ajusta a formatos digitales, ejemplo de ello es La LA 60/2003.

²⁵¹ Véase Doc. A/CN.9/606.

²⁵² Véase Doc. A/CN.9/605.

dificultades de aplicación práctica. La diferencia fundamental consiste en que las órdenes preliminares son *“toda medida que sea otorgada antes de haber escuchado a las parte afectada”*. Basándose en ese concepto el Grupo de trabajo realizó observaciones en el sentido de que el *quid* fundamental de su diferenciación radica en su finalidad.

Al hablar de órdenes preliminares estamos ante un mecanismo diseñado especialmente para *“impedir que se frustre la medida cautelar”*. Esto evidencia su carácter extraordinario y provisional, se trata pues de medidas de urgencia ya que sólo podrán ser solicitadas por cualquiera de las partes (sin dar traslado a las demás), cuando se pretende solicitar posteriormente una medida cautelar para evitar que ésta no sea frustrada por el requerido.

25. Las medidas cautelares vienen definidas en el artículo 17.1. Los tópicos de aplicación son localizables en el artículo 17.2. La LMA las define las como *“toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo (definitivo), el tribunal arbitral ordene que: 1.- Se mantenga o restablezca el estatus quo hasta que se dirima la controversia; 2.- Adopte medidas para impedir algún daños o se abstenga de llevar a cabo actos que menoscaben el procedimiento arbitral; 3.- Proporcione medios para preservar los bienes que permitan ejecutar el laudo o; 4.- Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes para resolver la controversia”*.

La misma Ley Modelo marca las condiciones para solicitar el otorgamiento de medidas cautelares (art. 17.A.). Es muy clara en disponer que se deberá convencer al tribunal fundamentalmente de dos cosas: primero que de no otorgarse la medida es posible que se produzca algún daño no resarcible y, que existe la posibilidad de que su demanda prospere sobre el fondo. Cuando se estime procedente una orden preliminar serán notificadas de ella todas las partes junto con la medida cautelar solicitada y demás comunicaciones escritas, para que puedan hacer valer sus derechos a la brevedad posible, las órdenes preliminares tendrán una vigencia de 20 días y serán vinculante para las partes pero no serán objeto de ejecución judicial²⁵³.

26. Tanto las medidas cautelares como las órdenes preliminares podrán ser modificadas, suspendidas o revocadas²⁵⁴. Se podrá pedir garantía suficiente al solicitante²⁵⁵. El tribunal arbitral también estará facultado para solicitar información (a cualquiera de las partes) sobre cualquier modificación en las circunstancias que motivaron la medida²⁵⁶, a su vez, se estipula que la parte peticionaria será responsable de las costas o de los daños que cause por solicitar indebidamente una medida de esa naturaleza.

²⁵³ Art. 17 C.

²⁵⁴ Art. 17 D.

²⁵⁵ Art. 17 E.

²⁵⁶ Art. 17 F.

El reconocimiento y ejecución de medidas cautelares serán ejecutables por el tribunal competente²⁵⁷. Podrá denegarse su reconocimiento o la ejecución en caso de que se presente alguno de los tópicos del artículo 36 de la Ley Modelo²⁵⁸ o, si el Tribunal competente determina que el tribunal arbitral no contaba con las facultades que le confieren, por no haber sido cubierta la garantía o por la revocación o suspensión de la medida por el tribunal arbitral.

4.2.5. Quinta enmienda

27. Comprende la supresión de uno de los requisitos para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales del artículo 35 párrafo dos. Se elimina la necesidad de presentar ante el tribunal competente el original o copia certificada del acuerdo de arbitraje. Esta enmienda obedece a la necesidad de guardar consonancia con los cambios realizados al artículo 7, el cual como se menciono se dividió en dos opciones. Agotando en una lo que se debe entender por forma escrita de modo extensivo y en la otra eliminando por completo tal requisito²⁵⁹.

²⁵⁷ Art. 17 H.

²⁵⁸ El artículo 36 de la LMA contiene los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, causales que a partir de la reforma de aplicarán subsidiariamente a las resoluciones arbitrales sobre medidas precautorias.

²⁵⁹ SIQUEIROS, *op .cit.* p. 130.

5. Convención de Nueva York, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958 (CNY58)

28. Más allá del un análisis exegético de la CNY58²⁶⁰ es importante adoptar un enfoque global sobre la su operatividad, impacto internacional e importancia en el proceso de consolidación del arbitraje. Tal óptica es adecuada en el contexto del presente capítulo donde, entre otras cosas, se pretende establecer el marco convencional internacional del arbitraje y el efecto de su existencia²⁶¹. La CNY58 entró en vigor el 17 de junio de 1959²⁶² y, a fecha de hoy, se ha consolidado como un instrumento de gran éxito y aceptación mundial. Ha significado un parte aguas en lo que podría denominarse el “*Boom*” del arbitraje reflejado en el tráfico internacional existente 6 décadas después. No podía ser de otra manera, máxime hablando de eficacia, pues precisamente la expectativa que se puso en la Convención fue garantizar “*la ejecución sencilla en todo el mundo de las sentencias arbitrales*”²⁶³.

29. Lo atractivo de resolver litigios mediante la justicia de árbitros radica en las ventajas que ofrece el arbitraje comercial internacional frente a la litigación

²⁶⁰ Para algunos comentarios sobre la relevancia de la CNY58 y su aplicación por los tribunales nacionales Cfr. SANDERS, Pieter, *Yearbook Commercial Arbitration* (part V), Kluwer Law International, Vol. I-1976. p. 207-218, Vol. II-1977, p. 254-264. De igual forma véase GORJÓN GÓMEZ, “*Arbitraje comercial y ejecución...*” pp. 104 y ss.

²⁶¹ Véase el capítulo V del presente trabajo donde se hace un tratamiento de la eficacia de los laudos arbitrales y el papel que la CNY58 en ese rubro.

²⁶² En la República Mexicana entró en vigor el 13 de julio de 1971 y en España el 10 de agosto de 1975.

²⁶³ NARIMAN, Fali S., “*La contribución de la convención a la mundialización del arbitraje comercial Internacional*”, en VV. AA, “*La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York: experiencias y perspectivas, 40º aniversario de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*”, Naciones Unidas, New York, 1999. p. 12.

internacional en los tribunales. Entre otras cosas garantiza la eficacia y, por ende, el hacer cumplir los laudos arbitrales en prácticamente todo el mundo de conformidad con la CNY58, nada parecido a lo que sucede si se obtiene una sentencia judicial²⁶⁴. La CNY58 se erige como instrumento orientador en la circulación internacional de los laudos arbitrales gracias a sus dos aspectos de mayor relevancia: en establecimiento de la validez legal de los acuerdos arbitrales y, por el otro, suministra el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. Concretamente en el artículo III señala que los Estados suscriptores de la Convención reconocerán la autoridad del laudo arbitral²⁶⁵, de esto depende directamente la eficacia del laudo.

Gracias a estos elementos la CNY58 presupone la ejecución del laudo arbitral, de forma que los tribunales estatales tendrán dos opciones: ejecutar el laudo ó, denegar su cumplimiento, aunque para que se presente esta última circunstancia es necesario que la parte que reúse el cumplimiento voluntariamente del laudo y acredite alguno de los tópicos de denegación del artículo V.1 de la Convención, o el tribunal oficiosamente compruebe los extremos del artículo V.2²⁶⁶. Al respecto Pengelley señala que, los tribunales de dos Estados pueden desempeñar ciertas tareas cuando se concede un laudo comercial internacional. Por un lado, el tribunal del lugar del arbitraje intervendrá si la parte que ha sido condenada impugna el laudo en esa

²⁶⁴ SPIGELMAN, James Jacob, Memoria del discurso "*Transaction costs and international litigation*", en el marco de la 16th Inter-Pacific Bar Association Conference Sydney, 02 May 2006. Disponible en http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/pages/SCO_spigelman020506.

²⁶⁵ GIBSON, Christopher S., "*Arbitration, civilization and public policy: seeking counterpoise between arbitral anatomy and the public policy defense in view of foreign mandatory public law*", Suffolk University Law School, research paper Nº 09.26. p. 115.

²⁶⁶ MOVSESIAN, Mark L., "*International commercial arbitration and International Courts*", St. John's Legal Studies Research Paper, Nº. 08-0146. pp.8-9. GIBSON, *op. cit.* pp. 115-117.

jurisdicción, en ese caso se aplicará el derecho nacional para determinar si el laudo debe ser anulado. En el otro extremo están los tribunales donde la parte perdedora tiene sus activos (el tribunal del Estado de destino), donde solicitará la aplicación de su derecho para determinar si el laudo debe ser ejecutado o no²⁶⁷.

Todos estos elementos han dotado de funcionalidad y por ende de popularidad al arbitraje. Lo que es más, actualmente sería difícil concebir al mundo tal cual es sin este medio de solución de controversias. Wires señala que en un mundo sin la CNY58 las partes en conflicto quedarían encasilladas dentro de la penumbra y el lento movimiento de los tribunales nacionales para encontrar un remedio a su controversia²⁶⁸.

5.1. Recomendaciones interpretativas a la CNY58 de 2006

30. En base a los informes presentados dentro de la jornada conmemorativa especial para celebrar el cuadragésimo aniversario de la convención de Nueva York

²⁶⁷ Para los Estados que tiene ratificada la CNY58 el tribunal de destino deberá tener en cuenta la anulación del laudo hecha por el tribunal de origen (art. V.1.e). Sin embargo, Pengelley advierte que esta anulación por su misma no debería impedir al tribunal de destino emitir su propia determinación de ejecutarlo de cualquier manera, y, para sustentar esta afirmación, se apoya en un informe de un grupo de trabajo de la CNUDMI (Doc. A/CN.9/468. Párrafo 112), donde se señala que el tema de la ejecución discrecional de los laudos, cuando exista una causa de denegación (P. ej. defectos leves de procedimiento o defectos que no repercutan en el resultado del arbitraje), no debería plantear muchos problemas en la práctica. PENGELLEY, Nicholas, *"The Convention strikes back: enforcement of international commercial arbitration awards annulled elsewhere"*, *Vindobona Journal of International Commercial Law Arbitration*, Vol. 8, Nº 2, 2004. pp. 195-197.

²⁶⁸ WIRES, John, *"The public policy sword and the New York Convention"*, Working paper series, Bond University, December 2008. p. 3.

denominada “*El día de la Convención de Nueva York*”, celebrada el 10 de junio de 1998, se hizo posible llevar a cabo trabajos con el objetivo de revisar parte de la Convención de Nueva York de 1958²⁶⁹. Dichos trabajos se hicieron a nivel menos profundo que a la LMA, pues abarcan específicamente el requisito de la forma escrita contenida en el artículo II (2), aunque como veremos más adelante, la enmienda de la Ley Modelo (art. 7) fue pensada de forma conjunta y ligada a la revisión de la CNY58.

Las recomendaciones de la CNY58 se abarcan también el artículo VII (1). Esta disposición permite la aplicación de la norma más favorable al reconocimiento y ejecución de laudos, sean otros Convenios internacionales o Leyes internas. La primera situación a resolver en la elaboración de los estudios preparatorios consistía en idear la mejor forma de llevar a cabo enmienda de la Convención. Para eso se analizaron diversas opciones tales como una enmienda, la preparación de una convención independiente, la elaboración de una nueva ley modelo o si bastaría con la enmienda al artículo 7 de la Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, también se habló de realizar una declaración²⁷⁰. Al final se tomó la decisión de emitir una recomendación interpretativa.

²⁶⁹ NOODT TRAQUELA, María Blanca y CÓRDOBA, Julio Cesar, “*¿En qué medida se ha eliminado la forma escrita del acuerdo arbitral en la Convención de Nueva York de 1958?*”, Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. VIII, 2008. pp. 32-35.

²⁷⁰ *Idem*.

Este método de ninguna forma constituye una modificación formal a la Convención y por eso no se le considera como vinculante²⁷¹. Sin embargo, con la medida se pretende incentivar una correcta interpretación por parte de los órganos judiciales, que finalmente son los encargados de llevar a cabo los procedimientos de reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales.

5.1.1. Primera recomendación interpretativa

31. En el artículo II (2) se hace una clara descripción de lo que se debe entender por acuerdo escrito:

2. La Expresión “acuerdo por escrito”, denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

32. Cabe formular algunos comentarios. En primer término la Convención neoyorquina en muchas ocasiones ha resultado más restrictiva que algunas

²⁷¹ CORDERO MOSS señala “A declaration by the UNCITRAL would not have any binding effect on governments or, even less, on national judges interpreting the New York Convention”. CORDERO MOSS, Giuditta, “Risk of Conflict between the New York Convention and newer arbitration-friendly national legislation?”, Stockholm Arbitration Report, Juris Publishing, 2003. p. 10.

legislaciones locales²⁷². Un claro ejemplo es el artículo 9.3 de la Ley Arbitraje Española que incorpora para la suscripción del convenio arbitral los nuevos métodos de comunicación existentes, con tal de que éstos dejen constancia del acuerdo para posterior consulta, de esa forma se abre un abanico de posibilidades para la utilización de los las nuevas tecnologías de la comunicación. Esa redacción permite que cualquier método innovador de comunicación que surja en un futuro, automáticamente sea contemplado dentro de los requisitos legales de validez del acuerdo arbitral, lo mismo sucede con la Legislación Mexicana de arbitraje (artículo 1423 C.Com).

33. Otro aspecto a tener en cuenta son las diferentes interpretaciones que le han dado los tribunales estatales sobre la Convención de Nueva York en lo relativo al requisito de escritura del acuerdo de arbitraje. Uzelac advierte dos tipos de casos: en un primer grupo están los tribunales que hacen todo lo posible para salvar la validez del acuerdo arbitral, es decir, que interpretan el requisito de escritura de forma amplia. Un segundo grupo esta conformado por los tribunales que emplean una interpretación estricta del texto convencional²⁷³. La recomendación que se hizo sobre el artículo II (2) parece simple. Finalmente consiste en que la aplicación del precepto debe hacerse reconociendo que las circunstancias descritas por el artículo no son exhaustivas²⁷⁴. Sin embargo eso no limita su trascendencia de cara al futuro y las importantes implicaciones prácticas. Un efecto previsible será el aumento de

²⁷² Véase AGUILAR GRIEDER, Hilda, "Arbitraje, grupos de Estados y extensión de los efectos de la cláusula arbitral". Revista de la Corte Española de Arbitraje, 2000. p. 65.

²⁷³ UZELAC, *op. cit.* p. 115.

²⁷⁴ 1. *Recomienda* que el párrafo 2) del artículo II, de la Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.

aplicación directa por los tribunales estatales en solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos.

Ante la presencia de un conflicto de leyes sobre la norma aplicable a la validez del convenio arbitral internacional, y de confinamiento a la misma CNY58 (art. VII) se aplicará la normativa más favorable al convenio arbitral. Antes de la recomendación interpretativa de 2006 cobraron vigencia leyes más favorables lo que en su momento lo que ponía en riesgo la aplicación de la CNY58²⁷⁵. Actualmente con esta recomendación es posible revertir la tendencia o por lo menos aminorarla, pues tomando en cuenta que se equilibra (no formalmente) el contenido del art. II (2) con las legislaciones más favorables (p. ej. los ordenamientos Español y Mexicano), se abre la posibilidad de interpretación no exhaustiva. De esa manera posiblemente se vea reforzada la aplicación dominante de la Convención.

5.1.2. Segunda recomendación interpretativa

32. La recomendación interpretativa de la CNUDMI sobre el art. VII(1) de la CNY58 señala: *“Las disposiciones de la presente convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de*

²⁷⁵ GONZALO QUIROGA, Marta, *“Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”*, en GONZALO QUIROGA, Marta (Coord.), *“Métodos alternos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar”*, Dickinson, Madrid, 2006. p. 220.

sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitida por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia de invoque”.

La recomendación formulada por la CNUDMI del artículo VII (1) está provista de una absoluta simplicidad²⁷⁶. Tiene como función principal sensibilizar a los tribunales estatales cuando los interesados necesiten hacer efectivos los derechos que les pudieran corresponder en materia de reconocimiento de los acuerdos de arbitraje. Esto sirve como defensa de las posibles barreras legislativas y candados interpretativos que pudieran surgir en base a otros convenios suscritos, en las leyes nacionales, para hacer efectivo el principio de favor *executionis*.

Finalmente se puede conceptualizar esta regla de aplicación de la Ley más favorable como una válvula de seguridad. Esto para evitar los posibles inconvenientes que se pueden presentar en torno a hacer efectivos los derechos que pudieran corresponder a las partes en base a un laudo arbitral. La recomendación viene a reforzar la disposición en cuanto a que la forma requerida por el convenio de arbitral no se convierta en un obstáculo por meras interpretaciones judiciales. Se ofrece una herramienta en *pro* de la armonización interpretativa e invita a los tribunales estatales

²⁷⁶ 2. *Recomienda* que el párrafo 1) del artículo VII de la CNY58 se aplique de forma que permita, a toda a toda parte interesada, acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o los tratados del país que donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje.

a interpretar convenios y leyes de la forma más amplia posible con el objeto de lograr el objetivo de la Convención.

6. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (CG61)

33. Sin detenernos en la tardía aplicación de la CNY58 en España (a partir del famoso Auto del Tribunal Supremo (ATS) (1ª Sala), de 11 de Febrero de 1981), el CG61 ha sido considerado complementario al multicitado Convenio neoyorkino²⁷⁷. La indefinición enclaustrada en el antiguo art. 56.1 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (LA88)²⁷⁸ mantuvo por mucho tiempo vigente el tema de los supuestos de aplicación del CG61 a los procedimientos de *exequátur*. Antes de la vigencia del actual régimen español de arbitraje²⁷⁹, Gorjón Gómez advertía la necesidad establecer una remisión legal a los Convenios Internacionales preceptivos en la materia para territorio español, con objeto de aclarar el marco regulatorio aplicable y evitar la clonación de disposiciones convencionales en la legislación estatal española²⁸⁰. Sólo unos años

²⁷⁷ Cfr. GONZALO QUIROGA, Marta, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial. Arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional*, Dykinson, Madrid, 2003. p. 38; DÍAZ-BASTIEN, Ernesto, *La ejecutabilidad del laudo extranjero*, en CASTILLO FREYRE, Mario (edit.), *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje*, Tomo 5, Palesta, Lima, 2008. p. 145.

²⁷⁸ Art. 56.1. *“Los laudos arbitrales extranjeros serán ejecutados en España de conformidad con los tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno y, en su defecto, de acuerdo con las normas de la presente Ley”*.

²⁷⁹ Durante la vigencia de la LA88.

²⁸⁰ GORJÓN GÓMEZ, *“Arbitraje comercial y...”*. pp. 161-162; en sentido similar CORDÓN MORENO, Faustino, *“Panorámica europea del arbitraje comercial internacional”*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, Nº 3. p. 590.

después, cual vaticinio, la Ley Española de arbitraje, de 23 de diciembre de 2003, se ajustó a los lineamientos sugeridos a través del Artículo 46.2.

Es cierto que la CG61 trata sobre aspectos de anulación de la sentencia arbitral. Sin embargo, dicen Merino y Chillón que realmente no contempla un verdadero supuesto de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, sino que se reduce a una adaptación regional de la CNY58, del que por cierto es desarrollo y consecuencia²⁸¹. Los dilemas sobre eficacia de los laudos extranjeros que en su momento pudieron suscitarse, hoy en día son tema superado gracias a la remisión legal antes apuntada, pues se optó por la aplicación directa de la CNY58, aunque prevaleciendo un criterio territorial en un nivel más estricto que la misma Convención²⁸².

34. La remisión hecha por la LA 60/2003 en nada afecta al principio de máxima eficacia contemplado por la CNY58. En caso de determinarse más benéfico diverso instrumento multilateral o bilateral al reconocimiento de una sentencia arbitral podría considerarse su aplicación, a través de una interpretación global de la LA 60/2003 y la CNY58. Sin embargo, la cuestión resulta de difícil verificación cuando nos detenemos en el carácter comercial de la CG61²⁸³, en contraste con el alcance de la CNY58 a

²⁸¹ MERINO MERCHAN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *“Tratado de Derecho Arbitral”*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2006. p. 1089.

²⁸² La CNY58 además de considerar que serán extranjeros los laudos dictados en el territorio de un Estado distinto al de destino, amplía su alcance a los laudos que no sean considerados nacionales en el Estado donde se pide su reconocimiento.

²⁸³ El ámbito de aplicación de la CG61 se reduce a controversias de carácter comercial internacional (art. I.1.a.)

sentencias arbitrales de distinta naturaleza²⁸⁴ (siempre y cuando no se hayan efectuado las reservas del art. 1.3. de la CNY58.), aunado al hecho que a fecha de hoy, no se tiene noticia de un instrumento que reporte mayores beneficios que la CNY58 al reconocimiento de un laudo.

El verdadero merito de la CG61 consiste en:
La organización del arbitraje europeo sobre todo en lo referente a la organización del arbitraje no administrado;
La unificación de las reglas de conflicto de cada uno de los sistemas nacionales;
La consagración del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en aspectos sustantivos y de procedimiento;
Acentuar el carácter jurisdiccional del arbitraje mediante la configuración de los poderes de los árbitros en un plano diferente al del juez;
La desvinculación del arbitraje del plano estatal ²⁸⁵ .

Cuadro 3.

²⁸⁴ GORJÓN GÓMEZ, *op. cit.* p. 165.

²⁸⁵ MERINO MERCHÁN Y CHILLÓN MEDINA, *op. cit.* p. 1089.

7. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de 1975 (CP75)

35. La CP75 constituye un importante precedente para el desarrollo del derecho internacional privado en Latinoamérica. Su aprobación es el resultado de un proyecto elaborado al seno del Comité Jurídico Interamericano, en su carácter de cuerpo consultivo de la Organización de Estados Americanos (OEA). Posteriormente en la Primer Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada en enero de 1957 (CIDIP I)²⁸⁶, fue aprobada por 19 Estados americanos teniendo como resultado una Convención que regula diversos aspectos de arbitraje internacional en materia comercial.

La CP75 es un tratado enfocado al continente americano. Reproduce las disposiciones de la CNY58 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos, pero su misión se amplía respecto de la CNY58, pues además ordena el arbitraje en la región, particularmente el art. 3 constituye una norma de conflicto para determinar las reglas de procedimiento²⁸⁷ a falta de acuerdo. La aplicación de esta disposición cobra sentido en un arbitraje donde intervengan partes de distintos Estados signatarios de la CP75, siempre y cuando la naturaleza del arbitraje sea comercial. Al respecto y aun en la inteligencia de que la jurisprudencia internacional ha considerado reiteradamente la

²⁸⁶ Véase CONTRERAS VACA, Francisco José, *"Derecho Internacional Privado parte general"*, 4ª edición, Oxford, México, 2004. pp. 39-40.

²⁸⁷ El Artículo 3 dispone que a falta de acuerdo expreso entre las partes sobre reglas aplicables al arbitraje, serán aplicables las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

lex fori como aplicable en ausencia de acuerdo, en nada extrañaría que para resolver el conflicto, se optara por las reglas procesales reconocidas a través de un tratado internacional común a las partes²⁸⁸, máxime cuando el lugar del arbitraje sea un Estado que haya ratificado la Convención de Panamá.

La omisión de una definición del arbitraje internacional a la luz de la CP75 no hace más que reforzar su aplicación, pues la CP75 no fija límites respecto de nacionalidad, domicilio o residencia habitual de las partes, así como respecto de personas físicas o jurídicas (límites *ratione personae*), a condición que se trate de un asunto de carácter comercial (límite *ratione materiae*)²⁸⁹. Además la CP57 prevé el nombramiento de árbitros y dispone sobre la nacionalidad de estos, por todo lo anterior señalar que la CNY58 y la CP75 son instrumentos que esencialmente regulan los mismos aspectos sería inexacto²⁹⁰.

Otro aspecto que abre la gama de actuación de la CP75 es la falta de un criterio claro para determinar su alcance a determinados laudos arbitrales (salvo la materia comercial). La CP75 muchas veces ha sido criticada y descrita como una mera

²⁸⁸ Aunque en términos generales la doctrina ha recibido bien esta medida, existen puntos severamente criticados, p. ej., el carácter privado del reglamento CIAC y la posibilidad de que este sea modificado. Véase BOSCO LEE, João, “A aplicabilidade de La Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1975 no sistema interamericano de arbitragem comercial internacional”, DeCita 02.2004, Zavalia, Noviembre, 2004. pp. 206 y ss.

²⁸⁹ PITTI, Ulises, “Ámbito de aplicación del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1985. pp. 123-124.

²⁹⁰ Con diferente opinión Aljure Salame señala que, aun con las diferencias entre ambas convenciones, debido a que dan el mismo tratamiento a los laudos arbitrales se refieren a la misma materia. ALJURE SALAME, Antonio, “Ámbito de aplicación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional”, Revista Internacional de Arbitraje, Junio-Diciembre 2004, Bogotá. pp. 109-110.

reproducción de la CNY58, pero hay quien la concibe como complemento de la CNY58²⁹¹. Chillón Medina remata señalando que con esta convención se profundiza y liberaliza el arbitraje comercial internacional²⁹².

8. Experiencias comunitarias

36. Al ámbito de la Comunidad Europea existen distintas iniciativas que han favorecido la regulación y aplicación ordenada de los MASC. Para eso han sido pensados parámetros equilibrados acorde a las necesidades de los Estados Miembros. El presente apartado está dedicado a un análisis de los instrumentos comunitarios de mayor relevancia en lo respectivo a la eficacia de los acuerdos alcanzados a través de los MASC. Los esfuerzos de mayor impacto y relevancia se refieren a métodos autocompositivos, cuestión lógica si se piensa en la existencia de un marco universal consistente en la CNY58 que regula en términos generales lo relativo a los laudos arbitrales.

²⁹¹ GORJÓN GÓMEZ, "Arbitraje comercial y...", p. 130.

²⁹² MERINO MERCHÁN Y CHILLÓN MEDINA, *op. cit.* pp. 1094-1096.

8.1. Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (LVMASC)

37. Para la elaboración de cierta normativa comunitaria normalmente es necesario fijar un punto de partida que revele el estado y percepción al interior de los Estados miembros sobre las materias que se pretende regular. Como apoyo en la preparación de los proyectos base para encarar el proceso legislativo se dispone normalmente de los denominados “*libros verdes*”, los cuales cumplen principalmente funciones consultivas sobre cuestiones predominantemente jurídicas²⁹³, a través de la recopilación global de iniciativas comunitarias sobre la materia y la formulación de preguntas específicas.

El LVMASC fue presentado por la Comisión Europea en abril de 2002. Se trata de un instrumento desprovisto de vocación normativizadora²⁹⁴, más bien destinado a realizar una amplia consulta sobre la aplicación de los MASC en el área civil y comercial, siempre tomando como motivación principal el crecimiento exponencial de la utilización de los MASC en diversas parcelas de interacción humana susceptibles de conflicto. De hecho la base en la cual esta cimentado encontró soporte en tres áreas

²⁹³ MARTÍN DIZ, Fernando, “*Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos*”, en VELARDE ARAMAYO, Silvia M^a (coord.), “*Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*”, Ratio Legis, Salamanca, 2006. p. 77.

²⁹⁴ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “*Modalidades alternativas de resolución de conflictos (I): el Libro Verde de la Unión Europea*”, Iuris Actualidad y Práctica del Derecho, Nº 77, 2003. pp. 42-47.

básicas: El derecho de consumo, el derecho de familia y al derecho laboral²⁹⁵. Estos sectores integraban la superficie de mayor desarrollo de aplicación en cuanto a métodos alternos se refiere, a escala comunitaria²⁹⁶.

38. Los problemas de acceso a la justicia derivados de la saturación judicial, los altos costos y procesos prolongados, han generado una verdadera crisis de la administración de justicia en Europa. Quizá esa sea la principal preocupación de las Autoridades Comunitarias por lo que han abordado la situación con un enfoque nuevo que aporta soluciones económicas, no adversariales, con las cuales atacar la raíz del conflicto para evitar el resurgimiento de las controversias. Esta política, hasta cierto punto innovadora, es una reacción ante la poca efectividad de medidas otrora intentadas, v. gr: el aumento de tribunales, el nombramiento de jueces itinerantes, reajustes en la distribución y configuración de tribunales, etc.

39. El libro verde hace un recuento restrictivo de los MASC. Se refiere a métodos de resolución autocompositivos exclusivamente con lo que se excluye sistemáticamente al arbitraje por haber sido considerado un método cercano a la justicia tradicional²⁹⁷, además de contar con un marco regulatorio desarrollado tanto en la esfera nacional como en la internacional. Diversos elementos de los MASC fueron incluidos en los cuestionamientos formulados por el LVMASC: las cláusulas que en la práctica se

²⁹⁵ Véase párrafo 34. LVMASC.

²⁹⁶ Véase párrafo 55. LVMASC.

²⁹⁷ Sobre la naturaleza del Arbitraje y su justificación como MASC véase el Capítulo I de la presente investigación.

conocen como cláusulas med/arb, los problemas sobre prescripción, confidencialidad, validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos derivados sobre los MASC, la formación de los terceros que intervienen en el proceso (facilitadores) y el régimen de responsabilidad. Dos temas son de especial interés en la presente investigación; por un lado la validez del consentimiento y, por otro, los acuerdos derivados de los MASC alcanzados a través de la mediación²⁹⁸.

8.1.1. Validez del consentimiento

40. La Comisión ha hecho hincapié en la necesidad de garantizar la validez del consentimiento en los acuerdos alcanzados a través de los MASC. Recordemos que el Libro Verde hace referencia exclusivamente a los acuerdos alcanzados en la Mediación, los cuales están provistos de innegable naturaleza contractual²⁹⁹. Precisamente la voluntad es uno de los elementos de existencia que configuran esta clase de instrumentos, de ahí la preocupación por fijar reglas claras traducidas en norma sustantiva que asegure un respeto mínimo del principio “*quod a principio fuit voluntatis, ex post facto fit necessitatis*”³⁰⁰ traducido en un cumplimiento real y voluntario de los acuerdos, o en su defecto su la ejecución forzosa. Asegurar la validez de los acuerdos de mediación es indispensable para generar eficacia necesaria para

²⁹⁸ Cuando se habla sobre mediación, por extensión, se hace referencia a los acuerdos alcanzados en una conciliación.

²⁹⁹ Para un estudio integral sobre la naturaleza de los acuerdos de mediación véase el capítulo IV de la presente investigación.

³⁰⁰ “*Los que al tiempo de hacerse fue voluntario, después de hecho es necesario*”.

garantizar el cumplimiento de las obligaciones generadas entre particulares a través de los MASC.

8.1.2. Eficacia de los MASC al ámbito del Libro Verde

41. Respecto de la eficacia de los acuerdos de mediación la preocupación se centra en su alcance y calificación jurídica. Dicho tema, según la Comisión Europea, cobra especial complejidad dada la diversidad de calificaciones jurídicas al interior de los diferentes países de la Unión Europea (UE)³⁰¹. El problema es de gran envergadura si se piensa en que a escala global existe una indefinición de los acuerdos alcanzados a través de la mediación. En el capítulo IV de la presente investigación se hace un estudio sobre la naturaleza de los acuerdos de mediación. Como se verá, ahí quedan de manifiesto las connotaciones que definen a esta clase de pactos como instrumentos contractuales autónomos y bien diferenciados al auspicio de la Teoría General de las Obligaciones.

³⁰¹ Véase párrafo 85 del LVMASC.

8.2. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles (DME)

42. La DME es la culminación del conjunto de trabajos sobre MASC hechos al interior de la Unión Europea a partir del Plan de Acción de Viena de 1999 y las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999. Entre estos se pueden contar el LVMA, la publicación del proyecto de DME, el Código de Conducta Europeo para Mediadores, así como los instrumentos y propuestas previas en materia de consumo, familia, relaciones laborales, de comercio electrónico, etc.³⁰² Previo a la aprobación del proyecto de Directiva³⁰³ se hablaba de crear un modelo europeo de mediación, aun cuando este fuera de mínimos, que permitiera homologar y dotar de efectividad a los acuerdos trasfronterizos que se generen a través de una mediación³⁰⁴, siempre tomando en cuenta la promoción e implementación de los MASC como política prioritaria en la UE con ánimo de mejorar el acceso a la justicia.

³⁰² CLIFT, Rhys, *"The phenomenon of mediation: judicial perspective and an eye on the future"*, The Journal of International Maritime Law, United Kingdom, Vol. 15, Number 6, november-december, 2009. p. 513.

³⁰³ El proyecto de la Directiva Europea sobre mediación fue publicado en octubre de 2004.

³⁰⁴ HINOJAL, Silvia, ORTUÑO, Pascual, y PÉREZ SALAZAR, Margarita, *"La Mediación en el ámbito de los procesos de familia"*, en SÁNEZ RODRÍGUEZ, Concepción (Coord.), *"La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El Estatuto del Mediador un programa para su regulación"*, Aranzadi, España, 2008. p. 19.

8.2.1. Ámbito de aplicación de la DEM

43. Recordemos que las Directivas europeas son instrumentos de carácter legislativo con carácter vinculante. Aunque, en algunas ocasiones, no están dirigidas necesariamente todos los Estados Miembros de la UE³⁰⁵, su misión es fijar objetivos básicos para armonizar las legislaciones nacionales. Su aplicación es indirecta, pues se concede libertad a los distintos países para que mediante una norma interna transpongan el contenido de la directiva y de esa manera se procure la aplicación del Derecho Comunitario. Por eso cuando se habla del el alcance de la directiva debe entenderse que su aplicación será mediata, a través de las diferentes leyes que promulguen los Estados Comunitarios. Naturalmente la transposición debe hacerse en un límite temporal en el cual los Estados parte deben ajustar su legislación interna a los lineamientos de la directiva en concreto. Para el caso de la LME se fijó el 20 de mayo de 2011³⁰⁶.

44. Dos enfoques fueron adoptados al definir el alcance de la DME. El primero consistente en un criterio *ratione materiae*, el cual se ocupa de restringir el ámbito de aplicaciones a asuntos de carácter civil y mercantil, siempre que se trate de una materia disponible a las partes excluyendo las materias fiscal, aduanera y

³⁰⁵ P. ej. la DEM no aplica a Dinamarca.

³⁰⁶ Existe sólo una excepción respecto a la fecha de transposición de la DME, correspondiente a las disposiciones del art. 10 referente a la obligación de informar de conformidad con el art. 6 párrafos 1 y 2, las autoridades encargadas de sancionar los acuerdos de mediación para conferirles el carácter de ejecutivos, cuya fecha de cumplimiento fue el 21 de noviembre de 2010.

administrativa. El segundo enfoque atiende los sujetos que intervienen en el conflicto (*ratione personae*). La Directiva claramente dirigida al ámbito internacional privado excluye su aplicación a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*), *contrario sensu*, no se aprecia limitante para que su aplicación abarque conflictos donde el Estado actúa en su faceta *iure gestionis*.

45. La DME asume un carácter territorial delimitado por un ámbito temporal. Sus disposiciones atienden a litigios de carácter transfronterizo cobrando aplicación cuando las controversias se susciten entre partes domiciliadas en distintos Estados (art. 2) al momento en que deciden acudir a la mediación una vez surgido el litigio, o que el tribunal dicte la mediación o ésta sea obligatoria de acuerdo a la legislación nacional³⁰⁷. Por último que el tribunal que conozca del un asunto proponga a las partes a acudir a la mediación (art. 5), en este último supuesto el tribunal podrá pedir a las partes que acudan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación³⁰⁸.

³⁰⁷ La DME prevé únicamente la mediación voluntaria. Sin embargo, en nada afectaría que la legislación nacional estipule la mediación obligatoria o que prevea incentivos o sanciones. Al respecto Friel pone de relieve la más reciente tendencia jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual ha sostenido que las Directivas y los principios generales no impiden que las leyes nacionales contemplen la mediación obligatoria (fuera de sede judicial) como requisito para la admisibilidad de la demanda, siempre y cuando no conduzca a una decisión que sea vinculante para las partes, no cause demoras sustanciales en la presentación de la demanda, se suspenda el plazo de prescripción de la acción y cause costos mínimos para las partes véase FRIEL, Steven, "*The European Mediation Directive*", en GONZALO QUIROGA, Marta, GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. (Edits.) y SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo (Coord.), "*Métodos alternativos de solución de controversias: herramientas de paz y modernización de la justicia*", Dickinson, España, 2011.

³⁰⁸ En el primer capítulo se señaló que acudir a la sesión informativa no constituye necesariamente mediar en sí. véase epígrafe 2.2.1 del capítulo I.

8.2.2. Aspectos Abarcados en la DEM

46. La Directiva incluye 4 grandes temas: La confidencialidad, la calidad de la mediación, el efecto del proceso de mediación sobre plazos de caducidad y prescripción, y el carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación.

8.2.2.1. Confidencialidad

47. Sobre la confidencialidad la directiva hace especial énfasis en la imperiosa necesidad de evitar que los operadores de la mediación transfronteriza sirvan como testigos en procesos judiciales o arbitrales³⁰⁹, salvo por cuestiones de orden público, la defensa y protección de los menores, evitar daños físicos o psicológicos de alguna persona o, cuando sea necesario revelar informaciones del proceso de mediación para garantizar la adecuada aplicación o ejecución del acuerdo³¹⁰. A su vez, aunque la Directiva versa sobre procesos de mediación transnacionales, sin duda estimulará la adopción del mismo enfoque para las mediaciones nacionales favoreciendo el mejor desenvolvimiento de las partes en el proceso y, de esa forma garantizando el buen desempeño de la mediación³¹¹.

³⁰⁹ Art. 7.

³¹⁰ Para mayor abundamiento sobre el tema, véase epígrafe 2.2.2 del capítulo I.

³¹¹ KOO, Ana K.C., "Confidentiality of mediation communications", Civil Justice Quarterly, vol. 30, Nº 2, 2011.

8.2.2.2. Calidad de la mediación

48. En este punto hay dos vertientes a analizar. La primera de ella corresponde al estímulo para la creación de códigos de conducta voluntarios al interior de los Estados Comunitarios³¹², así como procurar que tanto los mediadores y las instituciones que presten servicios de mediación se afilien a dichos Códigos. Actualmente existe un Código de Conducta Europeo para mediadores. Si bien éste Código no forma parte del Derecho positivo comunitario traza lineamientos generales sobre los principios inherentes a los procedimientos de mediación y al actuar del mediador, además constituye un instrumento que perfectamente servirá como guía para dar cumplimiento al art. 4.1 de la DME. Por otro lado, los Estados deben procurar un estándar mínimo de formación inicial de los mediadores y la formación continua de estos para garantizar el perfeccionamiento en el servicio al usuario.

³¹² Art. 4.1.

8.2.2.3. Efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción

49. La mediación en su justa dimensión aporta soluciones rápidas y económicas en controversias que de ser abordadas desde una plataforma judicial pueden complicarse. Sin embargo, la mediación no debe ser obstáculo para que las partes posteriormente puedan demandar o continuar un proceso judicial o un arbitraje. En base a lo anterior debe garantizarse el mantenimiento del *status quo* tanto en las relaciones procesales, como en términos de prescripción para evitar caso de denegación de acceso a la justicia.

8.2.2.4. Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación

50. Los acuerdos alcanzados a través de la mediación deben ser considerados como amistosos y se presupone su cumplimiento sin la intervención de los tribunales. La mediación no debe ser tomada como una alternativa de menor valía que el juzgamiento judicial, por eso los Estado deben garantizar que los acuerdos de

mediación puedan ser ejecutados³¹³. El tratamiento del carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación en España se reserva para un momento posterior³¹⁴.

³¹³ FRIEL, *op. cit.*

³¹⁴ En el Capítulo IV de la presente investigación se hace un estudio completo sobre la formación de la cosa juzgada del acuerdo de mediación y su configuración como título ejecutivo.

CAPÍTULO III

CONTEXTO LEGAL DEL LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

EN ESPAÑA Y MÉXICO: ANÁLISIS COMPARATIVO Y

MODELOS DE ACTUACIÓN

1. Rango constitucional de los MASC.

1.1. En el ámbito constitucional español

1. A fecha de hoy, en España no se ha concedido reconocimiento de rango constitucional a los MASC. De hecho la Constitución española pareciera conferir jurisdicción exclusiva a los tribunales estatales para conocer de las controversias³¹⁵. Sin embargo, la realidad es que esas funciones supuestamente monopolizadas por el Estado pueden ser realizadas por el árbitro, a partir de la fusión del principio de libre disposición de las partes y el principio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando se respete la tutela efectiva del artículo 24 de la CE³¹⁶.

1.2. En el ámbito constitucional mexicano

2. El reconocimiento de los MASC a nivel constitucional en México obedeció a un motivos *sui generis*. La idea surge simultáneamente a la reforma procesal penal constitucional de 2008. Dicha reforma orientada principalmente hacia el derecho procesal penal sancionó la implementación del sistema penal acusatorio en sustitución

³¹⁵ CREMADES, Bernardo, "El arbitraje en la doctrina constitucional española", Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, Nº 1, 2006. p. 187.

³¹⁶ *op. cit.* p. 199 y ss.

de inquisitorio que prevalecía anteriormente en México. Junto al nuevo sistema de justicia penal se incluyeron mecanismos de descongestión judicial: la aplicación de criterios de oportunidad, el archivo temporal de la investigación, facultades de abstenerse de investigar y salidas alternas al proceso.

Estos procedimientos además de ser herramientas pertenecientes al Derecho Penal³¹⁷ constituyen parte de una política de racionalidad, eficiencia y equidad en la implementación del nuevo sistema penal³¹⁸, eso sí, porque no decirlo, empleando un criterio selectivo y algunas veces arbitrario que obedecerá a la política en turno de combate al delito. Sin embargo, la balanza se equilibra con la inclusión de los Métodos alternos de solución de controversias que, más allá de discriminar delitos, busca atacar el conflicto de raíz.

3. El Constituyente Permanente abordó cuestiones que exceden los límites del Derecho Penal cuando se elaboró el Proyecto de Reforma. La forma en que se redactó la modificación al Artículo 17 Constitucional repercute directamente en diversas ramas del Derecho. El párrafo 3 del art. 17 se divide en dos partes³¹⁹ claramente diferenciadas: En la primera parte señala que *“Las Leyes preverán mecanismos*

³¹⁷ Por esa razón no se abordará su estudio en el presente trabajo de investigación.

³¹⁸ En cierta parte la implementación de estos mecanismos es dar respuesta a la imposibilidad de investigar y perseguir todos los hechos delictivos, por lo cual, literalmente, se pretende hacer una selección arbitraria de casos para cumplir con ciertos fines. VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *“Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad”*, *Inter Críminis*, Nº 8, cuarta época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009. pp. 55-56.

³¹⁹ *“Las Leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversia. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que requerirá supervisión judicial”*.

alternativos de solución de controversia.”. De esa manera se establece los Métodos alternos de forma general sin limitar su aplicación a un área concreta y se abre la posibilidad de implementar los métodos alternos sin restricción material, pues se eliminó todo candado constitucional que pudiera limitar su eficacia. Es más, pareciera que la reforma imprime obligatoriedad para establecer una regulación exhaustiva de promoción e implementación de los MASC en todo el territorio nacional.

La segunda parte del artículo se refiere concretamente al área penal “*...En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que requerirá supervisión judicial*”. De tal suerte que se establecen reglas concretas para los MASC cuando son aplicados exclusivamente en materia penal.

2. Mediación: Su evolución en la época contemporánea

4. En el presente apartado se abordará la creciente corriente *pro*-mediación y su desarrollo legislativo en España y México. El proceso en ambos Estados es relativamente nuevo, en realidad se encuentra en proceso de adaptación y ajuste a los requerimientos sociales y, como se verá adelante es un camino todavía inacabado. Actualmente en materia de mediación existen marcadas diferencia en las distintas legislaciones autonómicas españolas y al interior de los Estados que componen la

Federación Mexicana. Pareciera que cada región se ha preocupado por crear una ley innovadora distinta a las demás, que por buscar la armonización de principios pretendida por el Derecho Comunitario. A fecha de hoy no existen criterios uniformes que incentiven el crecimiento de la aplicación real de la mediación.

Eso si, a través del tiempo se han venido perfeccionando la técnica legislativa y se ha logrado acrecentar la tendencia liberalizadora en la implementación de las MASC. Actualmente se realizan esfuerzos para crear un marco regulatorio en la totalidad de las regiones españolas y mexicanas, sobre todo en aquellas desprovistas de normativa propia³²⁰. También se ha buscado la ampliación temática en las regiones que ya han promulgado leyes enfocadas solamente a parcelas especializadas de resolución de conflictos a través de los MASC, un ejemplo de ello es que hasta hace poco solamente existían leyes de mediación especializadas en materia familiar³²¹. La pregunta fundamental es si el Estado actual que guarda la legislación España y México es suficiente para crear un marco de referencia que entienda y sienta las bases para trazar reglas claras sobre la eficacia de los acuerdos de mediación.

³²⁰ P. ej., en el Estado de San Luis Potosí actualmente existe una iniciativa para la elaboración de una ley de mediación. Nota publicada en el diario *"El Sol de San Luis"*, el 19 de abril de 2010.

³²¹ Cataluña cuenta con una Ley de Mediación que se ocupa de regular las materias civil y comercial.

2.1. Experiencias legislativas en México y España en materia de mediación

5. Antes de entrar al análisis de la diferente legislativa en España y México es necesario detenernos brevemente con el objeto de hacer un diagnóstico de las razones que justifican la existencia mayoritaria de Leyes que regulan la mediación en el ámbito esferas Autonómico español y Estatal mexicano respectivamente.

2.1.1. Facultad legislativas de las Entidades Federativas mexicanas en materia de mediación

6. Al interior de los Estados federales es común que se presente abundante actividad legislativa. La razón quizá radica en su organización, para muestra el Estado Mexicano compuesto por 31 Entidades Federativas y un Distrito Federal, todas ellas libres y soberanas (dotadas de Constitución propia, excepto el Distrito Federal) unidas bajo el Pacto Federal, con capacidad de autodeterminación³²². Los Estados que componen la Federación gozan de facultades para emitir sus propias leyes con la única limitación de las materias reservadas para la Federación. Estas facultades consagradas en el artículo 73 en relación con el artículo 124 de la Constitución Política de los

³²² GARZA GARCÍA, Cesar Carlos, *"Derecho Constitucional mexicano"*, Mc.Graw-Hill, México, 1997. p. 60.

Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)³²³ crean un sistema rígido de distribución de competencias³²⁴, en cual concede una serie de facultades legislativas residuales en favor de los Estados³²⁵. En México se puede hablar de la existencia de tres tipos de normas generales: la norma constituyente, las de orden federal y las estatales³²⁶.

7. Dos son las principales facultades legislativas: las explícitas y las implícitas³²⁷. Las primeras consisten en aquellas que el texto Constitucional reserva ámbito federal, las cuales en su mayoría están contenidas en las primeras XXIX fracciones del artículo 73 Constitucional y delimitan de forma precisa el margen de actuación del legislador Federal³²⁸. El problema surge al llegar a la fracción XXX, donde se encuentra una disposición regulatoria de las facultades las implícitas³²⁹, que viene a ampliar en gran medida las atribuciones legislativas en el ámbito Federal³³⁰. La función de la fracción XXX³³¹ tiene como objetivo que el Poder Legislativo Federal pueda concederse a si mismo facultades de ejercicio legislativo que de ordinario no podría asumir, se trata de

³²³ El artículo 124 Constitucional señala que "*Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados*".

³²⁴ SERNA DE LA GARZA, José María, "*Federalismo y sistemas de competencias legislativas*", en HERNÁNDEZ, Antonio María (Coord.) y VALADÉS, Diego (Coord.), "*Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*", México, UNAM, 2003. p. 313.

³²⁵ CARBONELL, Miguel, "*El Federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año 2003. p. 386.

³²⁶ SÁNCHEZ BRIGAS, Enrique, "*Derecho Constitucional*", 10ª edición, Porrúa, México, 2006. pp. 323-324.

³²⁷ MONTERO ZENDEJAS, Daniel, "*Derecho Constitucional comparado*", Porrúa, México, 2006. pp. 332-334.

³²⁸ Con igual parecer Tena Ramírez al señalar que "*... tenemos pues en nuestro derecho constitucional un sistema estricto que recluye a los Poderes Federales dentro de una zona perfectamente ceñida.*" Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, "*Derecho Constitucional mexicano*", 37ª edición, Porrúa, México, 2005. p. 115.

³²⁹ MONTERO ZENDEJAS, *op. cit.* p. 334.

³³⁰ CARBONELL, *op. cit.* p. 385.

³³¹ "Art. 73. El Congreso tiene facultad: ... XXX.- Para expedir todas las Leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esa Constitución a los poderes de la Unión".

un aditamento para dar mayor movilidad a la Federación con el objetivo de cubrir aspectos necesarios en su función.

8. No se trata de conceder facultades ilimitadas o que la Federación. Tampoco que arbitrariamente pueda ser utilizada la fracción XXX para ejercer autonomía legislativa en rubros que originalmente corresponde a los Estados. Todo lo contrario, existen reglas bien definidas (por lo menos doctrinalmente) para su utilización. Según Tena Ramírez los requisitos de ejercicio son:

1.- La necesidad de existencia de una facultad implícita que por sí sola no podría ejecutarse;

2.- La relación de medio necesario respecto del fin entre la facultad implícita y el ejercicio de la facultad explícita, de suerte que sin la primera no podría alcanzarse la segunda, en otras palabras, se presupone la esterilidad de la facultad explícita si su ejercicio no se actualizara por medio de la facultad implícita;

3.- El tercer elemento es el reconocimiento del Congreso de la Unión de la necesidad de la facultad implícita y su otorgamiento por parte del Poder Legislativo al Poder que la necesite. Es decir, que ni el Poder Ejecutivo, ni el Judicial pueden conferirse a sí mismos las facultades indispensables para emplear las que la Constitución les concede, por regla las tienen que recibir del Poder Legislativo³³².

³³² TENA RAMÍREZ, *op. cit.* pp. 115-116.

9. Los Estados en México están facultados plenamente para legislar en materia de mediación, pues se trata de un rubro que no figura dentro de las facultades explícitas de consagradas en la CPEUM. Se ha discutido la posibilidad de crear una ley federal de mediación, pues como hemos visto, nada impediría que la federación también pueda regular ese ámbito, pero hasta la fecha no se tiene noticia de iniciativa alguna.

2.1.2. Facultad legislativas de los Comunidades Autónomas en materia de mediación

10. La tendencia legislativa en España en materia de mediación³³³ se asemeja mucho al caso mexicano, sobre todo si se toma en cuenta que el Constituyente diseñó un Estado organizado en forma de monarquía parlamentaria compuesta por 17 Regiones autonómicas. Ferrando Badía sostiene la existencia de tres requisitos indispensables para que una comunidad territorial goce de autonomía: debe estar facultada para organizarse jurídicamente, crear su derecho propio y que éste sea obligatorio³³⁴. En España se cumplen cabalmente todos ellos. Las competencias autonómicas, específicamente las de carácter legislativo, dependerán de dos

³³³ El comentario se hace guardando las debidas proporciones. El Reino de España está conformado por 17 Comunidades Autónomas y, la República Mexicana por 31 Entidades Federativas y un Distrito Federal. Las diferencias demográficas, geográficas y económicas crean escenarios diferentes aunque parecidos en su dinámica de operación sobre todo en el rubro correspondiente al crecimiento legislativo en materia de mediación.

³³⁴ FERRANDO BADÍA, Juan, "La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas", Revista Estudios Regionales, Nº 7, 1981. p. 133.

situaciones: de los rubros que están expresamente reservadas al ámbito estatal³³⁵ y, que de los restantes (cuando el estatuto autonómico los autorice) la Comunidad asuma tales competencias³³⁶.

11. Los Estatutos de Autonomía son instrumentos con la función de establecer las competencias del legislador autonómico. Sirven para delimitar el ámbito material legislativo, de tal forma que crean las denominadas competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, aunque el artículo 149 Constitucional habla de competencias exclusivas, no se aclara la naturaleza de éstas, lo que da como resultado una mera presunción de que se trate de competencias de carácter legislativo, por lo cual, la respuesta se encontrará en los Estatutos de Autonomía³³⁷ de acuerdo a las competencias que asuman en correlación con el art. 148.

12. La comparación del avance legislativo en materia de mediación es explicable de forma más o menos paralela en ambos España y México. Si se piensa en que la forma que adopta el Estado Español (eso incluye el sistema de fuentes), *“no se distancia*

³³⁵ En el artículo 149 de la Constitución Española.

³³⁶ Al respecto Martín Oviedo matiza dos aspectos. El primero de ellos es por restricción, así se afirma que la asunción de las competencias se basará solamente en las que la Constitución ofrece, en segundo término por expansión, ya que las facultades exclusivas del Estado pueden ser transferidas o delegadas a las Comunidades Autónomas. Cfr. MARTÍN OVIEDO, José María, *“El régimen constitucional de las Comunidades Autónomas”*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 18, Noviembre-Diciembre, 1980. p. 164.

³³⁷ FERRANDO BADÍA, *op. cit.* pp. 147-148. Por otro lado, los diferentes Legisladores Autonómicos toman como referencia al art. 148.20 de la CE, el cual posibilita asumir competencias en el rubro de asistencia social e incorporan tal competencia en sus Estatutos de Autonomía, lo que los habilita para legislar en materia de mediación.

*mucho del régimen federal*³³⁸. Para ejemplificar lo anterior consideramos especialmente adecuada la definición de Garza García: *“Federalismo es la forma del Estado para organizar el poder público, por medio de la delimitación de competencia y con referencia a las distintas demarcaciones territoriales por las que se conforma el país, pero otorgando autonomía dentro de las mismas*³³⁹”. La diferencia principal es que las comunidades autónomas derivan del reconocimiento que le otorga la Constitución Estatal, y las entidades federativas que conforman la Federación están unidas bajo un pacto federal consagrado al auspicio de una sola Constitución, pero dotadas cada una de la propia³⁴⁰.

13. A continuación se hará un recuento del avance legislativo en México y España. Será menester detenerse puntualmente en los aspectos relevantes que introduce cada ley. Aunque el presente trabajo de investigación se enfoca a la materia mercantil, los casos que involucran otras disciplinas jurídicas son útiles para formarnos una idea clara del estado legislativo de la mediación en México y España, lo que a la postre permitirá definir globalmente la naturaleza de los acuerdos de mediación.

³³⁸ Cfr. DIEZ-PICAZO, *op. cit.* p. 64. En el mismo sentido PIZZORUSSO, Alessandro, *“En torno a algunas particularidades de la Constitución Española de 1978 observaciones comparadas”*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 1, Septiembre-Diciembre, 1988. p. 222.

³³⁹ Con esa definición de ninguna manera se propone equiparar al régimen federal con la monarquía parlamentaria, sólo se pretende poner de manifiesto la cercanía de ambos modelos. Véase GARZA GARCÍA, *op. cit.* p. 60.

³⁴⁰ FERRANDO BADÍA, *op. cit.* pp. 133-134.

2.2. Experiencias legislativas

14. En este apartado se abordarán los avances legislativos alcanzados hasta el momento en la materia tanto en España como en México. Para comprender integralmente cual ha sido la trayectoria que han seguido los diferentes legisladores en ambos Estados y los puntos de mayor relevancia alcanzados hasta el momento debemos respetar el orden cronológico de aparición de leyes. Así, se debe comenzar con la experiencia en México, para después seguir con España. Además la atención debe centrarse en leyes especiales sobre mediación y en su caso MASC en general. El anterior señalamiento se hace dada la existencia de disposiciones aisladas sobre mediación y conciliación en distintos ordenamientos mayoritariamente enfocadas a la justicia restaurativa y, su análisis implicaría exceder los límites de la presente investigación³⁴¹.

2.2.1. México

15. Por medio de leyes estatales se han regulado toda clase de MASC en las distintas entidades federativas. Se ha previsto su aplicación a los más variados tipos de conflictos y áreas jurídicas. Existe un sinnúmero de combinaciones en las diferentes normas jurídicas, algunas de ellas con alternativas interesantes, hasta el punto de desafiar los

³⁴¹ Por ejemplo la Ley de Justicia para Adolescentes para el Estado de Campeche (art. 104).

más afianzados principios de la mediación. En atención a la forma en que se ha dado el proceso evolutivo de la mediación en México³⁴², se hará referencia al primer antecedente legislativo, seguido de la primera ley especializada en MASC, finalmente se abordará una etapa homogénea de promulgaciones enfocadas a los MASC de forma general.

16. El primer antecedente legislativo en resolución alternativa de conflictos³⁴³ es la Ley Federal denominada: “Ley para la el Diálogo, la Conciliación y la Paz digna en Chiapas”, publicada el 11 de marzo de 1995. Fue parte de la respuesta gubernamental para la solución del conflicto armado en Chiapas surgido el 1 de enero de 1994, entre el Gobierno Federal y grupo armado autodenominado “*Ejercito Zapatista de Liberación Nacional*”³⁴⁴.

La iniciativa procuró la solución conciliatoria antes que la adversarial. Como característica principal, se buscó generar condiciones para que los negociadores identificasen el foco del conflicto erigiéndose como un verdadero instrumento de paz³⁴⁵. Se trata de una norma que dista de pertenecer al derecho privado o regular cuestiones de índole particular, sin embargo, es justo tenerla en cuenta, ya que antes

³⁴² Aunque las diferencias no son diametralmente distintas y existe cierto nivel de paralelismo las diferencias existentes son significativas e imposibles de ignorar.

³⁴³ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y SÁENZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia, “*Métodos alternos de solución de controversias enfoque educativo por competencias*”, Patria, 2ª edición, México 2009. p. 15.

³⁴⁴ Distintos puntos de vista sobre una base jurídica sobre el conflicto armado en Chiapas en MELGAR ADALID, Mario, RUIZ MASSIEU, José Francisco y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (Coords.), “*La rebelión en Chiapas y el Derecho*”, UNAM, México, Coordinación de Humanidades e Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1994.

³⁴⁵ Comentario personal del Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez.

de su promulgación no existía en México alguna Ley especializada sobre Métodos Alternos. Afirmar que esta Ley significó un parte aguas en la creación de leyes de mediación significaría sacarla de contexto. Más bien se trata de un intento por solucionar un problema concreto, en un momento específico en la historia de México, y si bien es cierto que la cuestión afecta a la sociedad mexicana en general, también lo es que se trata de un caso de imposible aplicación al ciudadano promedio. Sin embargo, para efectos prácticos se puede decir que es el primer antecedente moderno de los MASC en México.

17. Posteriormente una copiosa producción legislativa en materia de mediación se ha desarrollado en México. La actividad ha sido útil pero hasta cierto punto desordenada y desprovista de uniformidad. La cuestión se entiende tomando en cuenta que un número importante de los profesionales en México (abogados, jueces, funcionarios judiciales³⁴⁶, empleados de la administración pública, profesionales de la educación, trabajadores del sector salud, etc.) no están debidamente concientizados sobre las ventajas que ofrece solución pacífica de las controversias.

18. En la actualidad persiste una marcada inclinación a la confrontación. Es patente la falta de cultura en resolución alterna, lo que permea el ánimo de los diferentes legisladores y sociedad en general. En la realidad actual de México se cuentan leyes de

³⁴⁶ Se debe reconocer que en algunos Estado de la República Mexicana los jueces toman cada vez mayor conciencia de la conveniencia que aporta derivar los juicios a mediación. P. ej., algunos jueces del Estado de Nuevo León y del Distrito Federal, al dictar los autos de de admisión, agregan un párrafo donde sugieren a las partes que acudan a la mediación.

mediación especializadas (monotemáticas), otras que contemplan la existencia de más de un MASC (multitemáticas), también se han hecho diversas reformas legislativas en diferentes Estados, y otros más actualmente no cuentan con ninguna ley en la materia.

2.2.1.1. Evolución legislativa en las diferentes Entidades Federativas

19. La manera más eficiente de hacer frente a la tarea historiográfica que ayude descubrir de forma efectiva la evolución legislativa de la mediación en México, será centrarse en la línea histórica de aparición, en conexión con los estados y la tendencia actual que defina los contenidos legislativos, ello obliga a renunciar a la agrupación por contenido, zonas geográficas o importancia demográfica.

2.2.1.2. Quintana Roo

- **Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo, de 15 de febrero de 1999.**

20. Entrando de lleno al recuento de los avances en materia legislativa en materia de mediación, la primera Ley fue promulgada en el Estado de Quintana Roo, el 15 de

febrero de 1999 y reformada en marzo del 2008. Esta ley constituyó un parte aguas en la posterior regulación de la materia en México, pues no se circunscribía solamente a la mediación, sino que incorporaba diversos MASC incluido el arbitraje, aunque de forma más bien frugal y con diversas particularidades. La más llamativa de todas sus disposiciones es la habilitación legal de las autoridades del Centro de Justicia Alternativa, para aplicar medidas de apremio a los usuarios y lograr de esa forma el cumplimiento de su objeto, cuestión hasta cierto punto cuestionable, por el riesgo que implica al principio de voluntariedad en los procesos de mediación³⁴⁷.

- **Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Quintana Roo, de 16 de diciembre de 2009.**

21. Esta Ley viene a sustituir la anterior de 1999. Particularmente llama la atención el artículo 3, donde se hace distingo entre los medios no jurisdiccionales para solucionar conflictos (conciliación, mediación, amigable composición o negociación) y, la vía jurisdiccional. De esa manera prohíbe expresamente el accionamiento simultáneo de ambas vías. Por otro lado, hace hincapié en la aplicación de dicha ley en los conflictos donde se vean inmiscuidos turistas³⁴⁸.

³⁴⁷ Distinta es la incorporación de esta clase de medidas en las leyes que tratan y previenen la violencia intrafamiliar, la cuales en muchas ocasiones prevén la conciliación, criterio que obedece al tipo de conflicto que se regula.

³⁴⁸ Quintana Roo es uno de los lugares de mayor afluencia turística en México y por ese motivo el Legislador Estatal se ha propuesto proteger de manera especial al consumidor de servicios turísticos.

2.2.1.3. Sonora

- **Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar, de 31 de diciembre de 1999³⁴⁹.**

22. Sonora comenzó con una peculiar Ley que contemplaba la conciliación y el arbitraje en materia de violencia intrafamiliar. Ésta Ley contempló durante su vigencia el Arbitraje en este tipo de controversias, cuestión que atenta contra de la tendencia legislativa más aceptada en cuando a la arbitrabilidad de la materia. La Ley es omisa en acotar hasta donde se encuentran habilitados los árbitros en su actuar y hasta donde pueden llegar en sus resoluciones, aunque sí prevé la asistencia judicial en caso de incumplimiento del laudo. Más adelante el 30 de marzo del año 2000 se aprobó el Reglamento para de la Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Sonora, actualizado el 5 de abril de 2005. Ahí se faculta al PROMEDEFA (Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia) para administrar los procedimientos arbitrales contemplados por la Ley.

- **Ley de Mecanismos Alternos de Solución de Controversias, de 07 de abril del 2008.**

³⁴⁹ Reformada por última vez en marzo de 2008.

Esta ley ya de forma específica contempla la mediación, la conciliación y el arbitraje. Sobre este último hace un reenvío a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para ese Estado. Se incorporan los principios rectores de los MASC: la confidencialidad, la Voluntariedad, la buena fe y veracidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad, honestidad, flexibilidad, oralidad, consentimiento informado e intervención mínima.

2.2.1.4. Guanajuato

- **Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Guanajuato, de 27 de mayo del año 2003.**

23. Esta ley *contrario sensu* que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional distingue claramente entre la mediación y la conciliación. En términos generales señala que se estará ante una mediación cuando las partes con ayuda del facilitador lleguen por si solas a un arreglo amistoso. La conciliación en Guanajuato en principio se entiende como una especie de etapa posterior a la mediación. Es decir, se habilita legalmente al facilitador para que proponga soluciones viables a las partes, pero solo cuando las partes se han visto incapaces de llegar a un acuerdo. Sin embargo, el art. 7 en su último párrafo señala “*La mediación y la conciliación son procedimientos que se realizan simultáneamente cuando el asunto lo demande*”, este punto merece especial atención.

Al señalar que son procedimientos simultáneos parecería la ley tiene como principal empeño que en los puntos litigiosos en los que las partes por sí mismas no lleguen a un acuerdo, el facilitador se vea obligado a aportar soluciones. Hablar de dos procedimientos simultáneos es inexacto. Se esta ante un solo proceso de negociación asistida, donde si bien es cierto pueden confluir elementos de la mediación y de la conciliación, estamos ante un solo canal de negociación asistida con características híbridas compuesto por una serie de actos encaminados a resolver el conflicto en todos sus extremos.

2.2.1.5. Chihuahua

- **Ley de Mediación del Estado de Chihuahua, de 7 de junio de 2003.**

24. Chihuahua es un Estado con gran actividad en los que se refiere a la aplicación de los MASC como vía alternativa de solucionar conflictos. A fecha de hoy cuenta con un amplio régimen sobre mediación y justicia restaurativa, en el cual se abarcan distintas materias. En inicio la Ley de Mediación del Estado de Chihuahua, de 7 de junio de 2003, se aplicaba a asuntos civiles, mercantiles, familiares y penales, siempre y cuando no se contraviniera el orden público y el objeto de mediación no afectara a terceros.

Posteriormente el ámbito de la Ley fue reducido a través de una reforma en diciembre del 2006³⁵⁰, pues se eliminaron las disposiciones que regían hasta ese momento la mediación en materia penal. La medida obedeció a la creación de un sistema de justicia restaurativa en el Estado, con lo cual se dio un giro enfocado al reconocimiento de la prevención del crimen como un aspecto social, más que como una simple política criminal, por eso se hizo necesaria la creación de un esquema integral sobre mediación penal.

En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, de 9 de agosto de 2006³⁵¹, se crea el Título Séptimo relativo a los modos alternativos de terminar un proceso, el cual prevé los acuerdos reparatorios alcanzados a través de lo que el Código denomina “*mecanismos idóneos*”. Posteriormente para dar coherencia a la medida adoptada en el Código de Procedimientos Penales, se promulgó la Ley de justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua, de 9 de diciembre de 2006. Dicha Ley que regula específicamente los mecanismo idóneos, los cuales incluyen la mediación, conciliación, juntas de facilitación, justicia restaurativa y en generales todos los medios de negociación asistida para la solución de controversias en materia penal³⁵².

³⁵⁰ Decreto No. 693-06 I P.O. publicado en el Periódico Oficial del Estado No. 98 de 9 de diciembre de 2006.

³⁵¹ El Código de Procedimientos Penales ha sido reformado en varias ocasiones. Para más detalles véase <http://www.congresochihuahua.gob.mx/gestorbiblioteca/gestorreformas/historialReformas/87.pdf>.

³⁵² Art. 2 fracción III.

2.2.1.6. Colima

- **Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Colima, de 23 de septiembre de 2003.**

25. Ésta ley tiene un ámbito de aplicación extenso. En el artículo 3 señala que se entenderá por justicia alternativa todo procedimiento no jurisdiccional de índole civil, familiar, mercantil o penal, que sea voluntario y busque poner fin a sus controversias, a través de técnicas específicas aplicadas por especialistas. También distingue entre la mediación y la conciliación otorgando facultades en esta última para proponer soluciones. Por otro lado crea el Centro Estatal de Justicia Alternativa y diversos Centros Regionales de Justicia Alternativa con el objeto de cubrir todos los sectores sociales, finalmente establece el régimen de responsabilidad administrativa para los prestadores de servicios de justicia alternativa.

2.2.1.7. Oaxaca

- **Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca de 12 de abril del 2004.**

26. En el Estado de Oaxaca se contempla el establecimiento de centros de mediación públicos y privados y se promueve la mediación a todos los ámbitos de la vida social Oaxaqueña. Se otorgan facultades a los alcaldes y a los jueces municipales como primera instancia mediadora en asuntos comunitarios, de igual forma se introduce la figura del auxiliar de mediación como un asistente técnico para asuntos de especial complejidad, también se regula la mediación vecinal (comunitaria)³⁵³. La Ley Oaxaqueña contempla la cláusula de mediación a través de la cual se pueden someter algunas o todas las diferencias que surjan de una relación contractual a mediación. Esta cláusula de mediación es obligatoria hasta la etapa de sesión introductoria (informativa)³⁵⁴, con lo cual no se viola el principio de voluntariedad de la mediación.

2.2.1.8. Aguas Calientes

- **Ley de Mediación y Conciliación, de 22 de diciembre³⁵⁵.**

27. El legislador hidrocálido introduce la certificación por separado de los mediadores y los conciliadores (en algunos Estados la certificación como mediador es suficiente para realizar cualquiera de los dos³⁵⁶), también crea el Centro de Mediación en sede judicial, autoriza la práctica privada de la mediación, fija un arancel con una

³⁵³ En el mismo sentido y alcance que la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña.

³⁵⁴ Art. 8.

³⁵⁵ Reformada el 27 de octubre de 2008.

³⁵⁶ Es el caso de Nuevo León.

tasa máxima de honorarios³⁵⁷ y habilita a los jueces menores mixtos, dependencias del Poder Ejecutivo y municipales para administrar esa clase de procedimientos cuando así se requiera para el mejor desempeño de sus funciones.

2.2.1.9. Morelos

28. El caso de Morelos es distinto al resto de las Entidades Federativas. En ese Estado desde el año 2004 se aprobaron modificaciones al Código Penal estableciendo la conciliación durante la instrucción de la causa y la averiguación previa. También hubo reformas en el Código Procesal Civil donde se propuso como equivalente jurisdiccional la amigable composición. Es hasta el año 2008 que se crea la Ley de Justicia Alternativa en materia Penal de 18 de agosto (modificada el 12 de diciembre del 2008).

2.2.1.10. Nuevo León

- **Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos de 14 de enero³⁵⁸.**

³⁵⁷ Máximo el 10% del valor total del negocio.

³⁵⁸ Ley reformada por última vez el 20 de Febrero de 2009. Para mayor abundamiento sobre la aplicación de los métodos alternos de solución de conflictos en el Estado de Nuevo León Véase GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (Edit.), CARDOZA MOYRON, Rubén y STEELE GARZA, José Guadalupe (Coords.),

29. En 2005 se unieron 4 Entidades Federativas a la lista de los Estados que cuentan con legislación sobre MASC. Nuevo León con su Ley establece una política intensa de prevención y solución de los conflictos. En esa Entidad Federativa se consolidó el Centro Estatal de Métodos Alternos de Solución de Conflictos dependiente del poder judicial con un alto grado de aceptación social³⁵⁹.

2.2.1.11. Coahuila

- **Ley de Métodos Alternos de Solución de Controversias, de 12 de julio de 2005.**

30. En Coahuila se promulgó una innovadora la cual además de contemplar la administración de la mediación, la conciliación y el arbitraje, incorpora al sistema legal mexicano una figura hasta ahora inexistente en el contexto nacional: la evaluación neutral. Esta incorporación tan novedosa en México³⁶⁰ establece un MASC donde las partes, previo a un litigio, acuden a un experto en la materia (generalmente un

“Mediación y arbitraje, Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León”, Porrúa, México, 2009.

³⁵⁹ Las Estadísticas del Centro de Métodos Alternos de Solución de Conflictos (asuntos atendidos entre 23 de mayo del 2005 y 31 de julio del 2009) revelan que se han recibido 7,823 quejas, se han convertido en mediación 3,796 con un total de convenios logrado de 2,419. Cifra compuesta entre asuntos de carácter civil, mercantil, comunitarios, penal, administrativo, justicia para adolescentes, laboral y administrativo.

³⁶⁰ La evaluación neutral es un MASC con mayor difusión y utilización en los Estados Unidos de Norte América.

abogado o un juez retirado), que evalúa y emite una opinión sobre las posibles consecuencias jurídicas³⁶¹. La Evaluación neutral busca acercar las posiciones de las partes y eliminar las cuestiones no litigiosas de la controversia. Además en Coahuila se le otorga a la opinión neutral eficacia jurídica, eso sí, previa solicitud al juez competente para su reconocimiento y ejecución.

2.2.1.12. Durango

- **Ley de justicia Alternativa, de 14 de julio de 2005.**

31. Esta ley contempla la mediación, la conciliación y el arbitraje. Sobre el arbitraje llama la atención la Ley dispone que el acuerdo arbitral deberá ser firmado ante el Centro Estatal de Justicia Alternativa o Distrital según sea el caso³⁶², lo cual atenta gravemente contra principios de la voluntad de las partes. Otra cuestión que lamentar es que una disposición contenida en el art. 82 señala que el procedimiento arbitral no interrumpe los plazos de prescripción para interponer una acción legal.

³⁶¹ CRUZ BARNEY, Óscar y CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *“El arbitraje, diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México”*, Porrúa, México, 2004, p.p. 13-14.

³⁶² Artículo 84.

2.2.1.13. Veracruz

- **Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos, de 15 de agosto de 2005.**

32. Veracruz solamente un mes después de Coahuila y Durango, expidió su ley especializada en MASC, la cual fue reformada el 22 de junio 2007 y posteriormente el 7 de abril del 2009. Dicha Ley además de hacer una clara descripción de los derechos y obligaciones de las partes, establece una clara línea divisoria entre la mediación de la conciliación, para eso, toma como de referencia el rol del mediador. Por otro lado, incluye la instrumentación de los arbitrajes siguiendo el sistema de la ley de Sonora de 2008, al hacer un reenvío al Código de Procedimientos Civiles Veracruzano.

2.2.1.14. Jalisco

- **La Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Jalisco, de 30 de enero de 2007.**

33. Esta Ley prevé distintos métodos alternos, entre los que figuran la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Regula los acuerdos para someterse a los

métodos alternos y consagra el principio de separabilidad del acuerdo para someterse a cualquiera de los métodos alternos³⁶³ cuando se hallen contenidos en un contrato³⁶⁴, novedad sin precedentes en la legislación mexicana sobre la materia.

2.2.1.15. Tlaxcala

- **Ley que regula el Sistema de Mediación y Conciliación del Estado de Tlaxcala, de 13 de abril de 2007.**

34. La Ley tlaxcalteca prácticamente es aplicable a toda clase de conflictos, con excepción a aquellos en lo que se vulnere el orden público. Habilita a los jueces municipales para elevar a categoría de cosa juzgada el convenio de mediación (salvo el caso en que el procedimiento se haya iniciado dentro de un proceso judicial, donde el juez natural sería el habilitado legalmente), y es la primera ley que incorpora de forma expresa la mediación administrativa³⁶⁵.

2.2.1.16. Tamaulipas

³⁶³ El principio de separabilidad tiene gran arraigo en el arbitraje. Sin embargo, en materia de mediación y conciliación ha sido poco explorado.

³⁶⁴ Arts. 3.1, 9.1 y 10.

³⁶⁵ La Ley de Nuevo León la ha incorporado en las reformas de febrero del 2009.

- **Ley de mediación para el Estado de Tamaulipas. de 21 de agosto del 2007.**

35. Tamaulipas por su parte optó por una Ley especializada en mediación. Esta ley sigue el modelo colombiano respecto de la diferenciación de la mediación y conciliación, pues toma como referencia la entidad administradora. En ese Estado se considera mediación aquellos servicios de negociación asistida ofrecida por los centros de mediación públicos o privados, y la conciliación por conciliación de entiende exclusivamente las realizada por autoridades de procuración y administración de justicia.

2.2.1.17. Baja California

- **Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California, de 19 de octubre de 2007.**

36. Establece una clara diferenciación entre la mediación y conciliación. Sin embargo, reconoce que en caso de ser necesario ambos procedimientos pueden llevarse simultáneamente³⁶⁶. Bajo esa legislación se entiende que existe habilitación

³⁶⁶ La Ley de Guanajuato tiene el mismo sentido. Para explicación detallada véase punto 2.2.1.4 del presente capítulo.

expresa para que el mediador libremente pueda modificar el procedimiento como lo estime pertinente, siempre en observancia de la voluntad de las partes³⁶⁷.

2.2.1.18. Distrito Federal

- **Ley de Justicia Alternativa del Distrito Federal 8 de enero del 2008.**

37. El Distrito Federal (DF) inicio la aplicación de la mediación en agosto de 2003 al seno del Tribunal Superior de Justicia. Posteriormente en mayo de 2005 se crean nuevas reglas de operación, con el objeto regular la organización, el funcionamiento y los servicios del Centro de Justicia Alternativa. Es hasta el 8 de enero del 2008 que apareció publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal la Ley de Justicia Alternativa del Distrito Federal expedida por la Asamblea Legislativa del DF. Entre otras cosas, ésta ley incorpora lo que denomina re-mediación consistente en la reapertura del expediente de la mediación, con el objetivo de redactar nuevamente o modificar el convenio de mediación en casos de incumplimiento total o parcial, y en aquellos en que las circunstancias del caso hayan cambiado.

³⁶⁷ Artículos 6 y 14.

2.2.1.19. Hidalgo

- **Ley de Justicia Alternativa, el 21 de abril del 2008.**

38. Esta Ley reformada el 22 de junio del 2009 crea un sistema de justicia alternativa dividido en dos vertientes: en primer término lo que cae en la competencia del Poder Judicial y lo que compete a la Procuraduría de Justicia, aunque deja abierta la posibilidad de la instalación de centros de mediación privados, con la única limitante que evita mediar asuntos penales en sede privada, también incorpora la mediación indígena (intercultural) y garantiza que se tome en consideración sus usos y costumbres.

2.2.1.20. Zacatecas

- **Ley de Justicia Alternativa, de 31 de diciembre de 2008.**

39. Esta ley garantiza el derecho de acceso a la justicia alternativa de la población en general en diversas áreas tales como: la civil, familiar, mercantil, penal, también habla de justicia restaurativa. Se trata de una Ley sumamente detallada que cubre todas las etapas procedimentales de la mediación.

2.2.1.21. Chiapas

- **Ley de Justicia Alternativa de Chiapas, de 18 de marzo de 2009**

40. Esta Ley además de contemplar la mediación y la conciliación aglutina en el mismo cuerpo legal la normativa sobre justicia restaurativa. Abre la posibilidad de que al seno del Centro Estatal de Justicia Alternativa se administren arbitrajes de índole civil y mercantil, con la salvedad que para que éste tenga lugar debe agotarse previamente un proceso de mediación, sus servicios serán gratuitos inclusive en lo respectivo a la administración de arbitrajes.

2.2.1.22. Yucatán

- **Ley de Métodos Alternos de solución de Controversias, de 24 de julio.**

41. En esta Ley se destaca que los acuerdos de mediación serán elevados a categoría de cosa juzgada por el Director del Centro Estatal de Mediación³⁶⁸, incluidos los casos en que el convenio de mediación se haya alcanzado en un centro privado de

³⁶⁸ En su caso corresponderá al subdirector regional si la mediación se llevó fuera de la capital del Estado.

mediación, con la única excepción de aquellos alcanzados en sede judicial, en cuyo caso corresponderá al juez de autos.

42. Es clara la disparidad que existe en la normativa mexicana. Queda de manifiesto como las legislaciones han tomado en cuenta deficiencias de las leyes publicadas anteriormente. Los diferentes legisladores Estatales han ignorado los beneficios de crear armonización en todo el territorio nacional.

2.2.2. España

43. En España el fenómeno Legislativo sobre mediación comenzó recientemente. El camino ha sido lento (si se compara con México), sin embargo, se han abierto nuevos nichos de oportunidad y lentamente se ha introducido en la mayoría de las Comunidades Autónomas. Los diferentes legisladores regionales han asumido una posición ciertamente tímida en regular la introducción de los MASC en áreas diversas a la materia familiar. Para abordar la evolución normativa en España se hará un análisis igualmente cronológico que permita entender el proceso de forma integral. El proceso de mediación en sus inicios concentrado únicamente en la mediación familiar, a la postre se diversificó a otras materias a instancia de la nueva Ley Catalana de mediación³⁶⁹ promulgada con motivo de la Directiva 2008/52/ce del Parlamento

³⁶⁹ Ley 15/2009 de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado.

Europeo y de Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

2.2.2.1. Cataluña

- **Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña.**

44. En España el primer cuerpo normativo especializado en regular la mediación fue la Ley de mediación Catalana de 2001, promulgada como respuesta a Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia³⁷⁰. La Ley 9/1998 sentó el primer precedente sobre mediación en el Artículo 79.2, donde se contempla la posibilidad de remitir a la partes de un conflicto sobre la nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial³⁷¹, a una persona o entidad mediadora con el fin de solventar la controversia y llegar a un acuerdo de mediación³⁷². Posteriormente apareció la ley 1/2001, de 15 de marzo, la cual fue el primer precedente debidamente aterrizado en la materia³⁷³. Vale la pena hacer un pequeño recuento de contenido, ya que fue el punto de arranque definitivo en la mediación institucional española³⁷⁴.

³⁷⁰ Véase el preámbulo de dicha norma.

³⁷¹ Art. 76 Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia

³⁷² De acuerdo al art. art. 78 necesita aprobación judicial.

³⁷³ Esta ley actualmente fue abrogada. Cataluña es la única Comunidad Autónoma que ha sustituido su primera Ley de Mediación.

³⁷⁴ Actualmente la derivación judicial de las partes contendientes en una controversia de índole familiar encuentra fundamento en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil en Materia de Separación y Divorcio.

45. La ley 1/2001, de 15 de marzo, en su momento estuvo enfocada únicamente a la mediación familiar. Incluía los principios contenidos en la Recomendación Núm. R (98) I, de 21 de enero de 1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa³⁷⁵. Fue sancionada con la visión de institucionalizar, potenciar y extender a todo Cataluña la mediación familiar³⁷⁶, y evitar en lo posible la judicialización de los conflictos o, en su caso, terminar los ya iniciados extra sede judicial.

Se dividió en 5 capítulos a lo largo de los cuales se especificaba la actividad del Centro de Mediación. Contenía disposiciones detalladas sobre las funciones de los prestadores de servicios de mediación, el ámbito de aplicación y la naturaleza de los acuerdos de mediación, los cuales debían versar sobre materias de derecho privado disponibles para las partes. Aglomeraba los principios rectores de la mediación: la imparcialidad, la voluntariedad, la confidencialidad, el carácter personalísimo, así como la posibilidad de intervención de expertos en determinadas materias cuando así se requiera. El diseño del procedimiento de mediación era sumamente sencillo, abreviado y desprovisto de formalismos. Otorgaba un plazo para la mediación de no más de tres meses³⁷⁷, y para ese entonces ya se contaba con un régimen sancionador.

- **Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado.**

³⁷⁵ Los Principios consagrados en ese Instrumento han influenciado de forma trascendental toda la legislación en materia de mediación en España.

³⁷⁶ Preámbulo de la Ley.

³⁷⁷ El término de 3 meses es aceptado en la mayoría de las Leyes de mediación en España.

46. Con la Nueva Ley de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado se abre una nueva posibilidad en España para la mediación. El legislador Catalán por fin creó una Ley con un ámbito de aplicación más extenso respecto de las anteriores. En la Exposición de Motivos de dicha Ley hace especial énfasis en la necesidad de mediar conflictos de derecho civil, especialmente aquellas donde se vean involucradas personas que deben seguir relacionándose entre sí, v. gr., conflictos que son propiamente nacidos de la comunidad, de la vida asociativa y fundacional. De ese modo el abanico de posibilidades se incrementa dando cabida también a la mediación intercultural³⁷⁸ y a la mediación internacional.

2.2.2.2. Galicia

- **Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar.**

47. Galicia fue la segunda Comunidad Autónoma que expidió una Ley de mediación. Como su nombre lo indica, no se aparta de la mediación familiar, pero introduce un nuevo elemento consistente en la imposibilidad de mediar en casos

³⁷⁸ La Ley del Estado de Hidalgo, de igual forma, considera la mediación intercultural, enfocada especialmente a mediar conflictos que se susciten entre y con individuos pertenecientes a alguna etnia indígena. Para esos casos se tomarán en cuenta sus usos y costumbres. Se establecen inclusive las cualidades que debe poseer un mediador-conciliador para asuntos indígenas

donde se presente violencia de género. También se prevé la implementación de programas para evitar ese tipo de conductas mediante una adición añadida por la Ley 11/2007, de 27 de julio, para la Prevención y el Tratamiento Integral de la Violencia de Género³⁷⁹. Sin embargo, lo más relevante es que el legislador Gallego incorpora en el artículo 7.2 la implementación de la Conciliación. Se habilita a los prestadores del servicio a proponer soluciones que serán libremente aceptadas o rechazadas por las partes. Aquí como en algunos otros casos, los conceptos de mediación y conciliación son aglomerados en el primero (contrario *sensu* a lo que sucede con la Ley Modelo de Conciliación de la CNUDMI)³⁸⁰.

2.2.2.3. Valencia

- **Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en la Comunidad Valenciana.**

48. Siguiendo la tónica de la primer Ley Catalana sobre mediación, limita su ámbito de aplicación a los conflictos familiares. Eso sí, a todos sus ámbitos, incluidos las controversias suscitadas en el seno de la empresa familiar, incorpora un procedimiento de mediación poco detallado, los convenios de mediación serán válidos y obligatorios

³⁷⁹ A diferencia de México, en España hasta el momento no se ha aceptado la aplicación de los MASC en los casos de Violencia intrafamiliar.

³⁸⁰ Situación análoga sucede con la Ley de Mediación del Estado de Chihuahua, de 7 de enero de 2003. Véase el apartado 2.1.1.1 del presente capítulo.

para las partes, cuando en ellos concurran los requisitos para la validez de los contratos, pero es necesaria la intervención judicial para su convalidación.

2.2.2.4. Islas Canarias

- **Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar**

49. Dos años después el legislador de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias tuvo a bien promulgar la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar³⁸¹. Igual que la mayoría de sus homologas autonómicas no se aparta de la Mediación familiar y no contempla ningún otro MAS. Algo a tenerse en cuenta es que incorpora los derechos de los mediadores y se inclina por el principio de antiformalismo y flexibilidad.

2.2.2.5. Castilla-La Mancha

- **Ley 4/2005, de 31 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.**

³⁸¹ Modificada posteriormente por la Ley 3/2005, de 23 de junio.

50. La Ley de Castilla la Mancha en su exposición de motivos reconoce plenamente la utilidad de la conciliación y el arbitraje. Sin embargo, a lo largo del articulado en nada contempla su utilización y se enfoca exclusivamente a la mediación familiar. Se incorpora lo que posteriormente al Amparo de la Ley de de Justicia Alternativa del Distrito Federal³⁸² se denominaría la re-mediación³⁸³ consistente en la revisión posterior de un acuerdo de mediación por circunstancias supervinientes. La Ley Manchega es la primera en España³⁸⁴ en contemplar la mediación familiar internacional entendida como aquella en la que se presenta algún elemento de extranjería. Por otro lado, se impone como requisito la presentación del convenio de mediación al juzgado del para su aprobación.

2.2.2.6. Castilla y León

- **Ley 1/2006, de 6 de abril, de la Mediación Familiar**

51. En su exposición de motivos queda de manifiesto la importancia de la mediación. Ésta se toma como factor para evitar sus consecuencias negativas de los rompimientos familiares. En términos generales es definida como un procedimiento complementario y no alternativo al judicial. Por otro lado crea los equipos de personas mediadoras, estos consisten en un grupo registrado de profesionales de al menos 3

³⁸² Ley de Justicia Alternativa del Distrito Federal, de 8 de enero del 2008.

³⁸³ Véase, apartado 2.1.1.2 del presente capítulo.

³⁸⁴ En México tampoco existen datos de disposición similar en ninguna de las leyes que contemplan la utilización de la mediación o la conciliación en conflictos de derecho privado.

integrantes con titulaciones distintas, cuyo objetivo es prestar apoyo al mediador del conflicto.

Ley dispone la mediación gratuita para personas de escasos recursos. Sin embargo, la mediación debe ser concebida como una política social de impacto directo en la saturación judicial. Una mediación exitosa representa un ahorro al erario público, pues se aminora el costo del aparato judicial. Respecto de la eficacia de los acuerdos de mediación señala que una vez firmado por todos los intervinientes, las partes podrán hacerlo llegar a sus abogados para que los hagan valer procesalmente, sin embargo no aporta ningún otro elemento que clarifique el tema.

2.2.2.7. Islas Baleares

- **Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar.**

52. Ésta ley introduce varias novedades. La más relevante es la creación de una nueva figura jurídica en España: el contrato de mediación. Este se celebrará entre las partes y el mediador y por medio de este se fijarán las circunstancias personales de las partes y las del mediador, los puntos que serán objeto de mediación, la programación

del desarrollo de las actuaciones de mediación y la duración aproximada³⁸⁵ y cuando la persona mediadora necesita apoyarse en otros profesionales. En la exposición de motivos se justifica encuadrar el convenio para someterse a la mediación a la forma contractual. Se sostiene que es la forma que más se adapta a esa institución por su naturaleza jurídica con la ventaja de regularlo de forma completa. La cuestión (sostiene el legislador) ciertamente brinda seguridad jurídica³⁸⁶.

2.2.2.8. Comunidad de Madrid

- **Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.**

53. Contempla exclusivamente la mediación y es aplicables a todos los conflictos que puedan surgir en familia. Conserva los estándares mínimos procedimentales para fomentar la flexibilidad en su instrumentación.

³⁸⁵ Como novedad el legislador balearico deja completa autonomía en cabeza del mediador para que determine, tomando en cuenta las necesidades del caso, la duración de la mediación sin imponer un plazo máximo de 3 meses.

³⁸⁶ Su encuadramiento en un contrato no necesariamente despoja a la mediación de la voluntariedad que la caracteriza a la hora de seguir con el procedimiento. De hecho, se establece un régimen de extinción bastante laxo, que responde a las necesidades de la institución, a mencionar: La muerte de alguna de las partes de la mediación (incluida la inhabilitación del mediador), por acuerdo mutuo de las partes en cualquier etapa del proceso, por decisión unánime de los miembros de la parte familiar, por desistimiento de alguno de los familiares en conflicto (cuando no haya mala fe), por la renuncia de la persona mediadora (con causa justificada) y por determinación del mediador de poder llegar a un acuerdo satisfactorio.

2.2.2.9. Principado de Asturias

- **Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.**

54. Reconoce la naturaleza contractual de los acuerdos alcanzados a través de la mediación, toda vez que para su validez u obligatoriedad necesitan concurrir los elementos de validez de los contratos³⁸⁷.

2.2.2.10. País Vasco

- **Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.**

55. La creación de esta Ley acontece casi una década de prestar servicios de mediación en el País Vasco y ser pionero en España en el desarrollo de la materia. Es de resaltar que a diferencia de otras comunidades (por ejemplo Castilla y León), El País Vasco a través la creación de los Servicios Públicos Integrales Gratuitos de Mediación Familiar garantizará el libre acceso de las sociedad en general al servicio.

³⁸⁷ Sobre el tema véase el Capítulo IV de la presente investigación.

2.2.2.11. Andalucía

- **La Ley 1/2009, de 27 de febrero, Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.**

56. Viene a regular la mediación en esta región tras una tímida práctica de esa clase de procesos³⁸⁸, finalmente en esa Comunidad se inicia la experiencia formalmente.

2.2.2.12. Aragón

- **Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.**

57. Es última Ley aprobada sobre mediación se enfocada exclusivamente a los conflictos familiares. Se aplica a cualquier controversia en materia de familia correspondiente al derecho privado, el inicio del proceso de mediación podrá ser a

³⁸⁸ AGUILAR GARZÓN, Mariola, “*Noticias Jurídicas*”, Artículos Doctrinales: Derecho Civil, abril 2010, localizable en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200909-6633920475632.html>

instancia de parte o puede ser ordenado por el tribunal que conozca del juicio, salvo que exista un proceso penal iniciado.

3. Arbitraje: su evolución en la época contemporánea

58. Conocer la evolución que ha tenido el arbitraje en España y México es fundamental dentro de la presente investigación. Sin ello, sería imposible elaborar un planteamiento integral sobre la eficacia de los laudos arbitrales. La pregunta fundamental es si el Estado actual convencional y legislativo en México y España, es suficiente para crear un marco de referencia que entienda y en su caso sienta bases sólidas sobre la eficacia de las sentencias arbitrales. En primer lugar se abordarán los antecedentes legislativos en materia de arbitraje, para después hacer una crítica del proceso evolutivo de acuerdo a las características de cada una de ellas.

59. Un aspecto que debe ser analizado es el papel fundamental que ha jugado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial y su propia evolución. La cual está íntimamente ligada al desarrollo y expansión del la CNY58 con impacto directo al régimen de circulación de laudos arbitrales. Se tomará como punto de partida el caso mexicano en obediencia a la historia evolutiva moderna, ya que fue el primero en ingresar a la corriente armonizadora en materia de arbitraje impuesta por la CNUDMI.

Posteriormente seguiremos con España reconociendo que cuenta con una carrera legislativa importante en la materia.

3.1. Breve descripción del panorama internacional y la modernización de la figura del arbitraje en México en las décadas de los ochenta y noventa

60. Las adecuaciones de los sistemas jurídicos internos o internacionales son necesarias para afrontar el devenir de los cambios históricos. Día a día, estos se actualizan y reconfiguran la forma de estructurar el tráfico internacional, por eso, es necesario tomar en cuenta los nuevos requerimientos sociales en la reglamentación de las relaciones comerciales internacionales. Algunos ordenamientos sobreviven a través de tiempo, con enmiendas y ajustes; otros no tienen tanto éxito y son sustituidos por nuevas alternativas que respondan a un realidad social y política. A continuación se expondrán las razones de la rápida actualización de la Legislación en materia de Arbitraje mexicana.

61. La República Mexicana atravesó desde mediados de la década de los ochenta hasta mediados de los noventa, una etapa en la cual alumbraron profundas transformaciones en el sistema legal. A mitad de la década de los ochenta, el Gobierno Mexicano, por graves problemas arrojados en parte por las crisis económica que se

vivía en aquel momento, así como por las “*reformas macroeconómicas y de apertura comercial del decenio de 1980*”³⁸⁹, se vio obligado a modificar su modelo de desarrollo e implementar nuevas políticas de apertura comercial (lo que por cierto se hizo de forma intensa).

En 1986 México incursiona en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT). Esto significó una nueva etapa para la apertura comercial del País³⁹⁰. Posteriormente, en octubre de 1988³⁹¹ se planteó una iniciativa presidencial de reformas al Código de Comercio donde, entre otras cosas, se propuso la incorporación de una normativa reguladora del arbitraje comercial dentro del Libro V, Título IV, el cual, hasta entonces se encontraba vacío³⁹². En la exposición de motivos el legislador mexicano fue omiso en señalar razones por las que de forma deliberada se optó por llenar un espacio hueco en el Código de Comercio. Aguilar Álvarez señala que la medida legislativa fue poco ortodoxa³⁹³ y que va en contra de la técnica legislativa usualmente utilizada consistente en la creación de una ley especial de arbitraje tal como se han hecho en una varios Estados, p. ej. España³⁹⁴. Es innegable que la cuestión creó cierta polémica

³⁸⁹ BIGGS, Gonzalo, “*El procedimiento de la solución de controversias de la OMC La experiencia en América Latina y el Caribe*”, Revista de la CEPAL N°86, agosto, 2006. p. 64.

³⁹⁰ RODRÍGUEZ ARANA, Alejandro, “*El papel de la apertura de comercial en el crecimiento económico y la balanza comercial de México 1980-2002*”, ICE Información Comercial Española, Revista de Economía, Marzo-Abril 2005, N° 821, pp. 71-75.

³⁹¹ Las reformas entraron en vigor el 4 de enero de 1989.

³⁹² Anteriormente esta sección del C.Com se encontraba ocupada por las disposiciones relativas al procedimiento de quiebras, las que fueron derogadas al entrar en vigor la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 20 de abril de 1943.

³⁹³ AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, “*El Título Cuarto del Código de Comercio mexicano y la Legislación comparada en materia de arbitraje comercial internacional*”, Centenario del Código de Comercio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. 1991, p. 54.

³⁹⁴ Ley 60/2003, publicada en el Boletín Oficial del Estado español número 309, el día 26 de diciembre del año 2003, actualmente reformada mediante Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011.

en el Sector Académico Mexicano³⁹⁵. Sea como sea, lo importante es que finalmente se legisló responsablemente sobre arbitraje comercial.

62. Gorjón Gómez sostiene que contar con una legislación especial sobre arbitraje comercial era necesario para dar coherencia a la Legislación interna mexicana con los Tratados Internacionales que México había firmado y ratificado³⁹⁶. Para entonces estaban ratificados los más importantes tratados multilaterales en la materia, entre ellos, la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. El atraso en el régimen doméstico sobre arbitraje respecto del sistema convencional suscrito creaba graves inconsistencias y ponía de relieve una marcada antinomia jurídica³⁹⁷ entre las dos legislaciones.

Con las reformas al Código de Comercio de 1889 se logró consolidar en México una Legislación de arbitraje comercial especializada, de corte moderno y notoriamente influenciada por la Ley Modelo de la CNUDMI, en términos generales, adecuada a los requerimientos internacionales. De esa forma se contribuyó a la rápida inserción del País al contexto globalizado. En el ámbito regional, México se convirtió en punta de lanza de los Países Latinoamericanos³⁹⁸ al ser el primer Estado en modernizar su

³⁹⁵ Véase ROCHA DÍAZ, Salvador, *“Análisis de las reformas al Código de Comercio de 1989”*, Estudios jurídicos y otros estudios, Harla, México, 1991, pp. 73-88; en el mismo sentido AGUILAR ÁLVAREZ, *op. cit.* pp. 53-54.

³⁹⁶ Véase GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, *“Arbitraje comercial y ejecución de laudos”*, McGraw-Hill, México, 2001. pp. 45-54.

³⁹⁷ *Idem.*

³⁹⁸ Con el mismo parecer CONEJERO ROOS, Cristián, *“La Influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: un análisis comparativo”*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 32, Nº 1, 2005. p. 100.

sistema arbitral y entrar al proceso de armonización internacional³⁹⁹. Ahora bien, la transformación del marco jurídico del arbitraje en México no quedó ahí; como se verá más adelante, a fecha de hoy no ha dejado de evolucionar.

3.2. Título IV del Código de Comercio Mexicano y sus reformas

63. Durante el decenio de los años 90 una de las prioridades del Gobierno mexicano fue la apertura hacia el exterior y el mejoramiento de su imagen a nivel internacional. Partiendo de eso, se continuó con el proceso de apertura comercial, a la par de un proceso de privatización de empresas paraestatales (incluida la Banca), se implementaron medidas para facilitar el movimiento de capitales y de servicios, requisito indispensable para entrar en el dinamismo de ajuste a la globalización. Otro paso firme fue el mejoramiento del andamiaje jurídico del País. Con el objetivo de facilitar las metas que se han venido señalando, se modificó la Legislación Bancaria y se hicieron nuevos ajustes a la Legislación en materia de arbitraje. Posteriormente siguiendo la misma tónica y, dada la próxima entrada en vigor del TLCAN⁴⁰⁰, se volvió indispensable modificar nuevamente la Legislación interna en materia de arbitraje con el objeto de encajar en los requerimientos de apertura.

³⁹⁹ A México le siguieron varios países de América Latina: Guatemala (1995), Perú (1996), Venezuela (1998), Honduras (2000), Paraguay (2002), Chile (2004), Nicaragua (2005), República Dominicana (2008).

⁴⁰⁰ GORJÓN GÓMEZ, *op. cit.* p.57.

64. La nueva iniciativa de reforma al Código de Comercio fue remitida por el Ejecutivo Federal al Congreso de la Unión el 31 de mayo de 1993. En la exposición de motivos se dice que *“los tratados internacionales celebrados y los que están en vías de celebrarse, hacen necesario para su mejor aprovechamiento, que se proceda también a la actualización de las leyes comerciales...”* En esa ocasión se traspuso la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional dentro de la Legislación Mercantil Mexicana, ahora sí, de forma literal, salvo contadas excepciones necesarias para la adecuación a la terminología del sistema legal mexicano, incluidas algunas variantes de sustancia mínimas⁴⁰¹. Sin embargo, en términos generales se respetó *“el espíritu y la letra de la Ley Modelo convirtiéndose México, en una de los países latinoamericanos más avanzados en materia arbitral”*⁴⁰².

En ese proceso de apertura el legislador Mexicano a través de su exposición de motivos hace hincapié en la urgencia de las reformas al señalar que *“la modernización es, al exterior... Iniciativas políticas que contribuyan a la distensión y al predominio de la negociación en el ámbito multilateral, en el arreglo de conflictos y diferencias entre los involucrados, configurando de esta manera un entorno más favorable para México.”* Complementariamente a las reformas del Código de Comercio se hicieron modificaciones al Código de Procedimientos Civiles Federal, con el objetivo de cuidar la armonía en la Legislación de arbitraje sobre todo en lo respectivo al reconocimiento y

⁴⁰¹ SIQUEIROS, José Luis, *“Las reformas (1993) referentes al arbitraje comercial en México”*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1994. p. 343.

⁴⁰² GONZALO QUIROGA, Marta, *“Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros”*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1999. pp. 342-343.

ejecución de laudos extranjeros. A partir de ese momento todos los aspectos que interesan sobre la eficacia de los laudos arbitrales comerciales son regulados por el Código de Comercio.

3.2.1. Reformas de 2011 a la Legislación de Arbitraje Mexicana

65. El 27 de enero de 2011 apareció publicado en el Diario Oficial de la Federación un decreto por el cual se modifica y adiciona al Código de Comercio. Se trata de un paquete de reformas con el objetivo principal de instaurar un nuevo régimen de juicios orales en la materia mercantil⁴⁰³. La reforma va acompañada de la adición del capítulo X del libro IV, título V del C.Com., relativo al arbitraje comercial, y la derogación de los artículos 160 y 163 segundo párrafo.

La exposición de motivos de la iniciativa de reforma⁴⁰⁴ reconoce el interés del legislador mexicano de aportar opciones de solución a conflictos a través de instrumentos que brinden prontitud y celeridad, con el objeto de paliar el rezago judicial. Se hizo especial hincapié en la relevancia del arbitraje comercial y la necesidad de reglamentar puntualmente la intervención judicial y los requisitos para la derivación judicial al arbitraje. Se dejó entrever la voluntad del Estado mexicano para restringir a

⁴⁰³ No se entrará al estudio de la instauración de los juicios orales mercantiles por exceder los límites de la presente investigación. Se hace mención con el único objetivo de entender el contexto general de la reforma.

⁴⁰⁴ La iniciativa fue publicada el jueves 2 de abril de 2009 en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados número 2730-II.

mínimos el control judicial del arbitraje, de tal suerte se tomaron medidas de gran trascendencia en la operatividad del arbitraje interno e internacional.

66. En primer término se modifican los anteriores regímenes de nombramiento judicial de de árbitros. La asistencia judicial para el desahogo de pruebas y la consulta sobre honorarios se unifican en un solo procedimiento que se substanciará en la vía de jurisdicción voluntaria de acuerdo al CFPC. Paralelamente a la tramitación en la vía de jurisdicción voluntaria se conceden facultades discrecionales a las autoridades judiciales a través del art 1467, donde se autoriza al juez para que tomando en cuenta las circunstancias del caso, siempre que no estime conveniente la instrumentación del anterior procedimiento, opte por un sistema alternativo de designación de árbitros mediante la elaboración de una lista de candidatos, sobre lo que las partes han de manifestar su parecer. Así se crea un sistema dual de nombramiento de árbitros y se suprimen los recursos en contra de cualquier resolución del juez, salvo para el caso de la recusación de árbitros.

Este procedimiento alternativo responde a los requerimientos del artículo 530 del Código Federal de Procedimientos Civiles. El cual dispone que los trámites en la vía de jurisdicción voluntaria procederá cuando exista cuestión litigiosa entre las partes. De modo que, con un afán impregnado de realismo, el legislador fue consciente de la ordinaria litigiosidad que se plantea en el nombramiento de árbitros concede una alternativa a primera vista saludable. Por otro lado, se crea también un procedimiento especial para:

-
- La adopción de medidas cautelares

- La resolución de la competencia de los tribunales arbitrales cuando mediante laudo éste se pronuncie sobre el fondo de asunto⁴⁰⁵.

- La adopción de medidas cautelares solicitadas ante juez o el tribunal arbitral.

- La nulidad de los laudos.

Cuadro 3.

⁴⁰⁵ Esta medida se implementa de acuerdo al tercer párrafo del artículo 1432, donde se da la posibilidad a las partes de acudir al juez para que resuelva en forma definitiva, cuando un tribunal se declara competente mediante un laudo parcial.

En procedimiento a seguir en el juicio especial se encuentra contenido en los artículos 1472 al 1480:

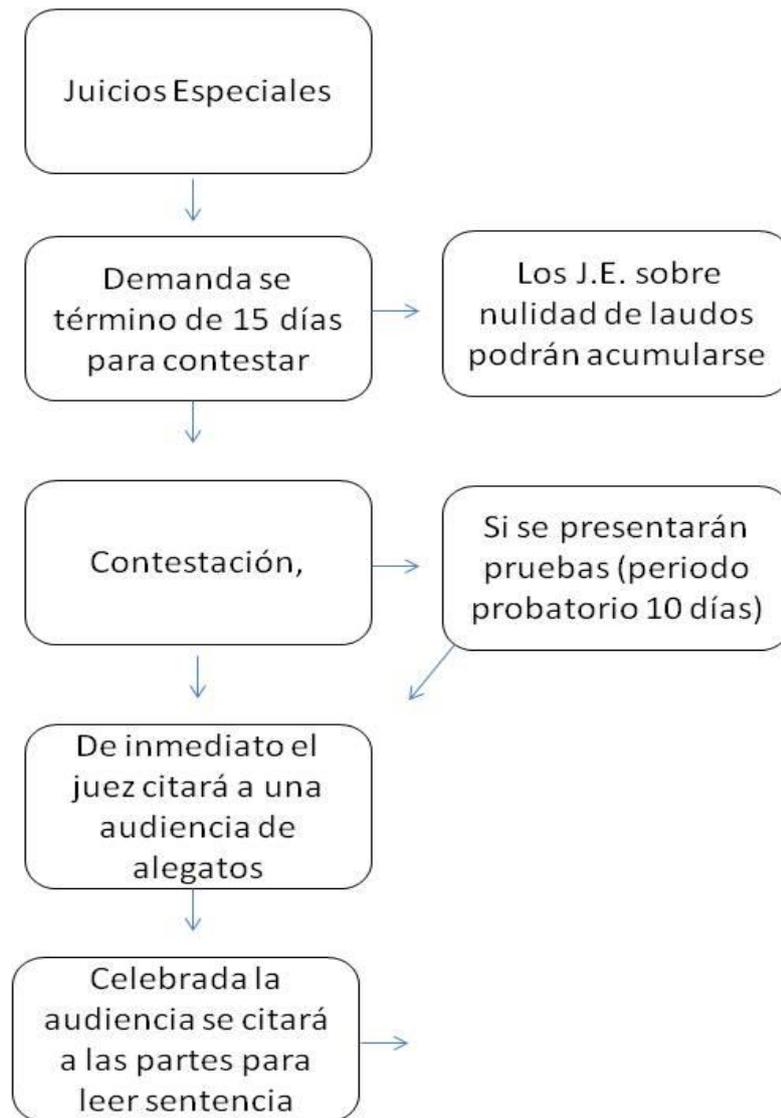


Figura 1.

67. Por último, se suprime el requisito de homologación de los laudos en México. Con la única salvedad de aquellos casos en que se solicite como defensa en juicio u otro procedimiento. Dada la enorme trascendencia de este último giro dado por la Legislación mexicana nos ocuparemos exhaustivamente del tema más adelante⁴⁰⁶.

3.3. La nueva Ley Española de Arbitraje 60/2003 y su regulación de acuerdo a la CNUDMI

68. Los Estados con voluntad modernista, disposición al avance jurídico y pretensión de colocarse o mantenerse a la vanguardia en materia legislativa como España han dado constante mantenimiento a su legislación interna. Esto es especialmente común cuando por su trascendencia se incide en la esfera internacional. En España se promulgó una nueva Ley sobre Arbitraje en el año 2003, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado Español el 26 de diciembre⁴⁰⁷, la cual viene a sustituir a Ley de Arbitraje 36/1988 de 5 de diciembre⁴⁰⁸. Esta nueva Ley regula el arbitraje de forma genérica. Es aplicable a todos los arbitrajes que no cuenten con una legislación especial propia y, lógicamente será de aplicación supletoria en caso de lagunas o ausencias en las leyes que regulan arbitrajes especializados (art. 1.3).

⁴⁰⁶ Véase Capítulo VI *infra*.

⁴⁰⁷ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, pp. 46097-46109

⁴⁰⁸ Disposición derogatoria única.

3.3.1. Antecedentes de la nueva Ley de Arbitraje Española

69. España en el transcurso de su historia moderna cuenta con tres experiencias legislativas materia de arbitraje todas distintas entre sí. Gonzalo Quiroga apunta que “únicamente coinciden en que las tres fueron expedidas en el mes de diciembre⁴⁰⁹”. De entrada se muestra interesante la forma en que se ha desarrollado el proceso de evolución normativa de arbitraje español que, no obstante haberse dado en pocos años⁴¹⁰, ha atravesado gradualmente etapas muy distintas. Con el presente apartado, lejos de intentar hacer un estudio sobre antecedentes remotos del arbitraje en España, se intenta elaborar un recuento de experiencias modernas como antesala de una regulación tan vanguardista como lo es la actual. Partiremos de la aparición del primer ordenamiento jurídico especializado en arbitraje.

70. La denominada “Ley de arbitrajes de Derecho Privado” promulgada en 1953 (LAP53) es el primer ordenamiento encargado de regular específicamente el arbitraje (*extra* legislación civil), normativa por cierto sumamente cuestionada. Algún autor la ha calificado de nefasta⁴¹¹ y no sin razón, pues su aporte opuesto dista mucho de lo que hoy se espera de una ley de arbitraje de derecho privado. Por eso se llegó al

⁴⁰⁹ Gonzalo Quiroga, *op. cit.* p. 209

⁴¹⁰ *Idem.*

⁴¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis Fernando y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “Derecho Mercantil Internacional”, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1995. p. 705; CHILLÓN MEDINA, José María, “Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular”, en GONZALO QUIROGA, Marta (Coord.), “Métodos alternos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar”, Dickinson, Madrid, 2006. pp. 251-252.

extremo de ser conocida por la doctrina como “*la Ley anti-arbitraje*”⁴¹². A pesar de la dureza de las críticas hechas a la LAP53 no se debe pasar por alto que las circunstancias de la época eran muy distintas. En aquel momento España atravesaba un difícil momento político donde cualquier amenaza al monopolio ejercido por el Estado, incluida la administración de justicia, era vista con malos ojos, la razón: un período de autarquía y aislamiento al exterior causante de una fortísima reticencia al arbitraje internacional⁴¹³.

La Lap53 tenía graves deficiencias llegando al punto en que no se podía precisar “*si lo que realmente buscaba en realidad era favorecer o imposibilitar el arbitraje*”⁴¹⁴. Por mencionar algunas: su ámbito de aplicación era sumamente reducido, no se hacía mención del arbitraje internacional, carecía absolutamente de todo rasgo de flexibilidad, no existía la posibilidad de pactar arbitraje sobre controversias futuras, no se incluía el arbitraje institucional, ni que decir sobre la designación a través de autoridad nominadora de árbitros. Era innegable el carácter judicialista del que estaba impregnada y ello reducía al arbitraje a un seudoproceso judicial⁴¹⁵. Esto se traducía en gravísimos problemas de operatividad, sobre todo si se piensa en la complementación dispositiva con la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuestión por demás

⁴¹² GONZALO QUIROGA, *op. cit.* p. 209.

⁴¹³ CREMADES, Bernardo M., “*España estrena nueva Ley de Arbitraje*”, *Revista Española de Arbitraje*, 1988-1989. p. 10; en idéntico sentido VERDERA Y TUELLS, Evelio, “*Algunas consideraciones en torno al arbitraje comercial*”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 1994. pp. 138-139.

⁴¹⁴ ESPLUGUES MOTA, Carlos A., “*Reflexiones en torno a una frustración: el Título IX de la nueva Ley Española de Arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales internacionales*”, *Revista Española de Arbitraje*, 1988-1989. p. 144.

⁴¹⁵ *Cfr.* Cremades, *op. cit.* p. 1; así como GORJÓN GÓMEZ, *op. cit.* pp. 74-76

ambigua y difusa⁴¹⁶. En el periodo de vigencia de esa Ley era prácticamente imposible el desarrollo del arbitraje. No obstante, desde una perspectiva abierta es posible reconocer que fue un avance, si bien con infortunados resultados, por lo menos se marcó inicio de la historia moderna del arbitraje en España. Bajo un lente conciliador y a muchos años de distancia se debe reconocer que en España se contó desde entonces con una Ley de Arbitraje.

71. Durante los siguientes años no se presentó una perspectiva alentadora para el crecimiento del arbitraje en es España. Por el contrario, siguió siendo una figura oscura y borrada de la práctica, hasta que dos acontecimientos marcaron la diferencia. El primero de ellos fue la suscripción de España de dos acuerdos internacionales. Primero el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, publicado en el BOE de 4 de octubre de 1975. Constituye un parte aguas que marcaría el inicio de la cuenta progresiva del fenómeno de aceptación del arbitraje comercial internacional en ese país⁴¹⁷ (ya que fue el primero en ratificarse). Posteriormente la Convención de Nueva York de 1958, publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 11 de julio de ese mismo año.

⁴¹⁶ *Idem.*

⁴¹⁷ Con el similar parecer ALONSO PUIG, José María, ponencia realizada el día 26 de abril del 2007, dentro del marco de la Jornada sobre Arbitraje Internacional ESADE denominada “*Recepción del arbitraje comercial internacional en España. Experiencias derivadas de la nueva Ley de Arbitraje española. Problemas sustantivos y procesales. España como sede de arbitrajes internacionales*”. p. 2. http://www2.esade.edu/pfw_files/cma/Cursos_Seminarios/Ponencia%20Jose%20Maria%20Alonso.pdf

De esa forma en España se reforzó el marco convencional. En realidad la CNY58 ha contribuido de forma radical a modificar en orden preexistente en materia de eficacia de laudos arbitrales. Sin embargo, Esplugues Mota sostiene que la suscripción de tales Convenios no consiguió la relevancia que se esperaba por dos cosas: en primer lugar no venía acompañado de reforma a la Lap58, y en segundo porque en la práctica se siguió denegando de forma sistemática el exequátur de los laudos extranjeros⁴¹⁸.

El segundo acontecimiento es el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981. Este evento vino a rediseñar la resolución de solicitudes de exequátur de laudos extranjeros. Debido a su razonamiento progresista⁴¹⁹ estableció de forma clara el sistema dualista del marco jurídico Español⁴²⁰. Al fallar categóricamente la aplicación de la CNY58 al reconocimiento de laudos extranjeros se creó abismo entre la legislación aplicable en lo interno y lo internacional. Con tan importante precedente se comenzó con una tendencia pro-ejecución de laudos arbitrales⁴²¹. En territorio español se continuó dando cumplimiento a los Convenios Internacionales suscritos al margen de la Lap53⁴²² que, no obstante a la oposición del sector doctrinario y del criterio manifestado por los Tribunales seguía vigente.

⁴¹⁸ ESPLUGUES MOTA, *op. cit.* p. 144.

⁴¹⁹ ARCE JANARIZ, Alberto, comentario al "Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981", *Revista Española de Arbitraje*, 1984. pp. 153-154.

⁴²⁰ CREMADES, *op. cit.* p. 10; en idéntico parecer VERDERA Y TUELLS, *op. cit.* pp. 138-139.

⁴²¹ ESPLUGUES MOTA, *op. cit.* p. 144.

⁴²² GORJÓN GÓMEZ, *op. cit.* p. 81.

72. Después de presentadas diversas propuestas de modificación a la Lap53⁴²³ fueron tantas las críticas⁴²⁴ que, a través de una iniciativa Ministerial se logró concretar una nueva Ley de arbitraje, de 5 de diciembre de 1988⁴²⁵, y adicionalmente fueron derogadas todas las disposiciones sobre arbitraje contenidas tanto en el C.C. y la LEC. En términos generales la LA88 tuvo buena acogida por la comunidad jurídica Española. Las críticas en torno a ella fueron muy positivas⁴²⁶. Esta Ley significó un enorme avance cualitativo respecto a la anterior pues entre otras cosas reforzó el principio de la supremacía de la voluntad de las partes, admite el arbitraje institucional, la designación de árbitros por terceros⁴²⁷, minimiza la intervención judicial y en general facilitó el arbitramiento de las controversias⁴²⁸.

Otras ventaja que acompañó a la LA88 fue la seguridad que brindaría España desde ese momento a los actores del tráfico internacional comercial, aparejada a la reforma relativa al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales (como es bien sabido, España preponderantemente ha sido importador de laudos arbitrales⁴²⁹). El Título IX de la LA88 contenía la regulación sobre la ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros. La doctrina española más autorizada en su momento criticó severamente

⁴²³ Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca sostienen que otro de los factores fundamental es para la modernización de la legislación en materia de arbitraje fue la adhesión de España a las Comunidades Europeas. Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, *op. cit.* p. 707.

⁴²⁴ Véase VULLIEMIN, Jean-Marie, “*La Ley de Arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional*”, Revista la de Corte Española de arbitraje, 1990. pp. 57-59.

⁴²⁵ La primera presentada el 15 de febrero de 1984 y segunda el 2 de abril de 1987, ambas propuestas fueron rechazadas. *idem*.

⁴²⁶ Véase GONZALO QUIROGA, Marta, “*La nuova Legge Spagnola sull’Arbitrato*”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2005.

⁴²⁷ CREMADES, *op. cit.* pp. 12-13.

⁴²⁸ *Idem*.

⁴²⁹ CUATREIRO RUBIO, M^a Victoria, “*Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: vía de los convenios arbitrales*”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1996. pp. 39-30; en el mismo sentido FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, *op. cit.* pp. 787-788.

la regulación contenida en la LA88 sobre el régimen de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros⁴³⁰. Se coincidió en que el legislador Español a la hora de elaborar el Capítulo IX tenía tres opciones: primero dejar una laguna legal táctica y de ese modo lograr una implementación automática de la Convención Neoyorkina; segunda la remisión directa por referencia⁴³¹. Sin embargo, se optó por una tercera opción consistente en un régimen heterodoxo⁴³² que al final de cuentas desembocó en la remisión a la Convención de Nueva York obligatoriamente a la hora de solicitar el reconocimiento de un laudo extranjero⁴³³ (eso sí, generando confusiones, distintas interpretaciones y poniendo de manifiesto fallas evidentes de técnica legislativa).

73. La CNY58 resultaba ser el Instrumento más favorable al laudo (art. VII (1). Entre otras ventajas la CNY58 ofrece requisitos mínimos en la documentación a presentar, la limitación de las cuestiones que pueden ser objeto de control judicial y el modo en que ésta se puede dar, en la mayoría de los casos a instancia de parte⁴³⁴. A modo de conclusión, el legislador Español estableció para ese entonces un régimen original y elaborado en materia de reconocimiento y ejecución de laudos y por ende de reconocimiento de la eficacia de los laudos, atributos finalmente estériles en la circulación real de los laudos arbitrales.

⁴³⁰ Véase ESPLUGUES MOTA, *op. cit.* pp. 154-158; con una crítica muy similar FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, *op. cit.* p. 787-788; con parecer distinto CUATRERO RUBIO, *op. cit.* p. 36.

⁴³¹ Véase CREMADES, *op. cit.* pp. 12-13.

⁴³² ESPLUGUES, MOTA, *op. cit.* pp. 154-157.

⁴³³ Véase ATS (Sala 1.ª) de 25 de julio de 1989: nota de FERNÁNDEZ ARROYO, Diego Pedro, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1990, pp. 209-216.,

⁴³⁴ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, *op. cit.* p. 782.

3.3.2. Los Criterios de motivación para la nueva Ley Española de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre

74. Es innegable la trascendencia que en los últimos años ha venido cobrando la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional en los Países Iberoamericanos⁴³⁵. Sistemáticamente, uno a uno, se han unido a la lista de los que han ajustado su legislación interna de arbitraje a la Ley Modelo. En la exposición de motivos de la LA60/2003 se refleja la intención del legislador por sumarse al movimiento dado el *“creciente aumento de las relaciones comerciales internacionales, particularmente con Iberoamérica”*, por lo que se tomó la decisión de hacer lo propio⁴³⁶.

Las ventajas que en su momento trajo la LA88⁴³⁷ fueron importantes sobre todo si se le contrasta con su antecesora. Fue una experiencia de crecimiento que contribuyó de forma *sui generis* para que España se alineara a la creciente cultura arbitral. Sin embargo, tomando en cuenta la constante evolución del contexto internacional y de la creciente necesidad de modernizar los sistemas jurídicos, se llegó a la imperiosa necesidad de sumarse al fenómeno armonizador entre sistemas jurídicos. Es

⁴³⁵ Véase GONZALO QUIROGA, Marta, *“Hacia la consolidación de una cultura arbitral...”*, pp. 339-346.

⁴³⁶ GONZALO QUIROGA, Marta. *“Claves prácticas para abordar el arbitraje en la Ley Española 60/3003, de Arbitraje”*, Revista de Economía y Derecho, Vol. 3, Nº 10 (Otoño 2006). p. 39.

⁴³⁷ La LA88 significó un cambio radical en la conceptualización que se tenía en España sobre la figura del arbitraje, una muestra consiste en el cambio de la concepción sobre aspectos que anteriormente estaban prohibidos p. ej. el arbitraje institucional. Mismos que ahora resultan en la completa normalidad quedando evidenciado el otorgamiento de mayor flexibilidad y dinamismo que de *natura* distingue al arbitraje. Cfr. CREMADES, *op.cit.* pp.13-14.

importante ofrecer a los actores del comercio internacional un marco jurídico de probada efectividad en el que encuentre un alto grado de familiaridad. Con ello se rompe el paradigma del “*sistema jurídico desconocido*” constituyendo un apoyo considerable para promover lazos comerciales internacionales. Al final la aplicación práctica de la nueva Ley “*no dista o al menos no debería distar*” de las leyes de arbitraje latinoamericanas⁴³⁸.

Otra razón para la renovar la Norma de arbitraje española fue la intención de convertir a España en una sede de arbitrajes internacionales⁴³⁹. Se ha tenido especial proyección hacia Latinoamérica, en vistas del arbitraje como un verdadero generador del desarrollo del comercio internacional⁴⁴⁰. Además se ha tomado como referencia el estrechamiento de lazos comerciales con Latinoamérica, la cercanía cultural e idiomática. Esta nueva Ley 60/2003 desde un inicio demostró ajustarse a los requerimientos internacionales con buenos resultados⁴⁴¹.

⁴³⁸ *Idem.*

⁴³⁹ CERVANTES-BRAVO, Irina Graciela, “*Comentarios a la Ley de Arbitraje Española. Ley 60/2003, 23 de diciembre*”, *Vniversitas*, Núm. 115, enero-junio, 2008, pp. 19-20.

⁴⁴⁰ Véase GONZALO QUIROGA, “*Hacia la consolidación de una cultura arbitral...*”. p. 350.

⁴⁴¹ Véase, ROCA AYMAR, José Luis, “*España ¿nuevo y atractivo destino de arbitrajes internacionales?*”, *Peritaciones y Arbitrajes*, Nº 3 Mayo/Junio 2006. pp. 142-145.

3.3.3. España, un camino hacia la armonización de su Legislación en materia de Arbitraje

España tras varias décadas de experimentación consiguió incorporarse al proceso de armonización mundial del arbitraje comercial. Con una patente la voluntad Estatal de contribución con la labor concebida al seno de la CNUDMI, la exposición de motivos de la Ley 60/2003 aclara las razones para decantarse por un sistema monista que viene a unificar las disposiciones que rigen los arbitrajes nacionales e internacionales en un mismo ordenamiento. Siguiendo a Gonzalo Quiroga sobre la adopción de un sistema dualista o un monista coincidimos con que las ventajas o inconvenientes finalmente quedan difuminados desde una óptica práctica. Es la buena operatividad de la Ley y su facilidad de ajuste a los requerimientos de los arbitrajes, tanto en la esfera internacional como en la interna lo realmente importa⁴⁴², aunque se advierte un monismo ostensiblemente laxo, al encontrar diversos dispositivos adaptados a las necesidades del arbitraje internacional⁴⁴³.

Respecto del régimen sobre reconocimiento y ejecución y concretamente sobre la eficacia de laudo arbitrales de la nueva Legislación, Esplugues Mota, poco después de la entrada en vigor de la LA88 advertía la conveniencia de la implementación de los

⁴⁴² GONZALO QUIROGA, “*Métodos alternativos de solución de...*”, pp. 213-214.

⁴⁴³ Gonzalo Quiroga elabora una lista de disposiciones diseñadas exclusivamente para el arbitraje internacional dentro de la LA60/2003: arts. 1, 2.2, 3, 8.6, 9.6, 15.1, 34.2, 37.2, 39.5 y 46. *Idem*.

cambios realizados con LA60/2003⁴⁴⁴. De esa forma se sugería la remisión a la CNY58 en de forma similar a la contemplada en la Swiss Private International Law Act de 18 de diciembre de 1987 (PILA)⁴⁴⁵ (remisión expresa) poniendo la posibilidad sobre la mesa consistente en el caso de una eventual modificación o denuncia de la Convención por parte del Reino de España⁴⁴⁶ (situación que parece de difícil verificación), sin embargo, la opinión obedecía a que en aquel momento si bien es cierto que la confiabilidad de la CNY58 estaba a prueba⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ ESPLUGUES MOTA, *op. cit.* pp. 154-158

⁴⁴⁵ La Pila señala en el art. 194 *"The recognition and enforcement of a foreign arbitral award is governed by the New York Convention of June 10, 1958 on Recognition and enforcement of Foreign Arbitral Awards"*. Con similar parecer CREMANDES, *op. cit.* pp. 13-14.

⁴⁴⁶ ESPLUGUES MOTA, *op. cit.* pp. 154-158; con el mismo parecer CREMANDES, *op. cit.* pp. 13-14; también FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, *op. cit.* p. 785.

⁴⁴⁷ Véase epígrafe 1.2.2 *supra* referente a las modificaciones de la Ley Modelo de la UNCITRAL.

CAPÍTULO IV

EL ACUERDO DE MEDIACIÓN Y SUS PRESUPUESTOS DE

EFICACIA

1. Valoración del acuerdo de mediación: Diversos supuestos a examinar

1. Dadas las características de la presente investigación se debe asumir una postura lineal sobre la mediación. Por eso, en el modelo teórico de Harvard⁴⁴⁸ se encuentra un baluarte que permite alcanzar ese objetivo tomando en cuenta el carácter jurídico, la escasa exploración y el descuido en el estudio del acuerdo de mediación. No se abordarán los aspectos psicológicos, sociológicos, etc., no porque se niegue su utilidad científica, todo lo contrario, empero, el trabajo del estudioso de la mediación normalmente toma como punto de partida el surgimiento del conflicto (incluidas sus causas) y termina en la firma del acuerdo. En este capítulo se plantea retomar ese camino incompleto. Partiremos precisamente de la firma del acuerdo de mediación sin dejar de lado las causas jurídicas que permiten llegar a ese momento. Al adentrarnos en el estudio de los acuerdos de mediación encontraremos diferentes preguntas; ¿Que naturaleza jurídica tiene esa clase de acuerdos?, ¿cuáles son los efectos que causan?, ¿son eficaces los acuerdos de mediación?.

Tales cuestionamientos permiten con cierta comodidad acogerse al modelo lineal de Harvard. La presente investigación es esencialmente jurídica, de ahí que no se ocupe de efectos secundarios como las implicaciones emocionales de las partes, el

⁴⁴⁸ El modelo de Harvard fue introducido por Fisher y Ury a finales de la década de los ochentas. Propone como objeto principal de la mediación la solución del conflicto a través del acuerdo como un medio de satisfacción, que permite a las partes alcanzar la armonía perdida por un período de tensión (enfrentamiento de posiciones) frente a otro individuo. Se aclara que este modelo, aunque deja de lado la base del conflicto y los sus efectos colaterales, busca conseguir el acuerdo a toda costa, siempre y cuando se estime que la mediación es viable al caso concreto.

restablecimiento o inicio de las relaciones comunicativas, etc. Así, particularmente interesa el arreglo jurídico del conflicto a través del acuerdo, con especial atención en el efecto jurídico que nos atañe: la eficacia. Otra motivación radica en el hecho de que el modelo lineal es especialmente útil para ocuparse de conflictos comerciales, pues la carga emocional a nivel personal es sustancialmente menor que en otra clase de conflictos como los del orden familiar o comunitario. Es de especial interés adoptar un enfoque hacia el derecho comercial, sin olvidar el necesario contacto ocasional con diversas disciplinas jurídicas, por ejemplo: el Derecho de Familia.

La propuesta de Harvard en ocasiones se ha calificado de insensible⁴⁴⁹. No es menester adoptar una postura recalcitrante, ni abonarnos como fanáticos del principio *lex dura lex*, pero no se debe perder objetividad sobre los efectos jurídicos formales y materiales de los acuerdos de mediación (eficacia y cumplimiento forzoso). En este punto encuentra justificación la asunción de nuestra postura. De ahí que la mediación en general se estudie desde un punto de vista pluridisciplinar⁴⁵⁰. Sin desmerecer ni obviar la totalidad de las consecuencias que tiene un acuerdo de mediación, la presente investigación se va a centrar, como de otro lado viene siendo referido a lo largo de todo el trabajo, en el sustrato específicamente jurídico y sus efectos exclusivos en este sentido.

⁴⁴⁹ OTERO PARGA, Milagros, “Los modelos teóricos de mediación”, en SOLETO MUÑOZ, Helena y OTELO PARGA, Milagros (Coords.), “Mediación y solución de Conflictos: habilidades para una necesidad emergente”, Tecnos, Madrid, 2007.

⁴⁵⁰ Para un estudio completo de la mediación desde una perspectiva multidisciplinar véase GONZALO QUIROGA, Marta (coord.), “Métodos alternos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar”. Dickinson, Madrid, 2006.

1.1. El acuerdo de mediación: consideraciones previas

2. El acuerdo alcanzado a través de una mediación es quizá el elemento que aporta mayor utilidad práctica al MASC. Concede una amplia gama posibilidades materiales salvando a dichos procesos de quedarse en un mero ejercicio dialéctico entre las partes. Por eso, una vez conseguido el acuerdo, si no se tiene la posibilidad de cumplimiento y realización forzosa, la mediación como método alternativo a la justicia tradicional quedaría en agua de borrajas⁴⁵¹. Sin eficacia no sería una justicia verdaderamente alternativa y, por ende, no se legitimaría su empleo como alternativa real a la justicia tradicional.

1.2. Naturaleza jurídica de los acuerdos de mediación

3. Sobre la naturaleza del convenio de mediación no existen criterios uniformes. Tomando en cuenta que el Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil (LVMASC) deja entrever un consenso poco claro sobre la cercanía de los acuerdos de mediación con las

⁴⁵¹ En ese sentido MARTÍN DIZ, Fernando, *“La mediación: sistema complementario de administración de justicia”*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación judicial, Madrid, 2009. pp. 130-131. Esta afirmación responde a la adopción del Modelo de Harvard. Sin embargo, no se niegan, ni desconocen, otros beneficios obtenidos a través de la mediación.

transacciones o, si se quiere, con el contrato de transacción⁴⁵², esto hace necesaria la localización del acuerdo de mediación, para lo cual se debe tomar como punto de partida la Teoría de las Obligaciones⁴⁵³. Se aclara desde este momento que no se intentará un estudio comparativo entre lo que en apariencia son los acuerdos de mediación respecto de las transacciones, porque ni siquiera se tienen datos o indicios suficientes para hacer pensar que el LVMASC se refiere al contrato de transacción contenido en el Código Civil. Todo lo contrario, se pretende llegar a hasta los aspectos más básicos del acuerdo de mediación, para lo cual se plantea su disección a detalle, con el objeto de calificarlo y, de ser posible aterrizarlo en la doctrina de los contratos.

1.2.1. El acuerdo de mediación como acto jurídico

4. Dice Planiol que por actos jurídicos se entiende las operaciones encaminadas a producir uno o varios efectos de derecho. Agrega que lo jurídico radica en la naturaleza de sus efectos⁴⁵⁴. De ahí partiremos para establecer la naturaleza del acuerdo de mediación.

⁴⁵² El contrato de transacción no necesariamente corresponde con lo que en la práctica se denominan transacciones comerciales, las cuales, más bien, dan la idea de la consecución de una situación de negocio enmarcada bajo cualquier esquema de trato, por ejemplo la compra-venta, el leasing, etc.

⁴⁵³ Se hace referencia a la teoría de las obligaciones siguiendo a Bonnecase. Dicho autor precisa que al ser añadido, dentro de la teoría de las obligaciones, el vocablo “*contratos*” al de “*obligación*” no significa nada, pues en realidad los contratos son una fuente de las obligaciones en general, sin embargo, reconoce, que tradicionalmente en el terreno práctico es una usanza común. BONNECASE, Julien, “*Tratado elemental de Derecho Civil*”, Biblioteca clásicos del Derecho, Oxford, México, 1999. p. 10.

⁴⁵⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, “*Derecho Civil*”, Biblioteca clásicos del Derecho, Oxford, México, 1999. p. 39. Por su parte, Azúa Reyes sostiene que los hechos jurídicos son todos los acontecimientos de la naturaleza o del hombre que son capaces de producir consecuencias de derecho, sin importar la

5. El acuerdo de mediación es una operación que crea efectos de derecho entre los intervinientes. Las partes a través del acuerdo de mediación configuran un esquema de cargas de contenido jurídico perfectamente determinables a partir de la voluntad impresa en el acto. Sobre los actos jurídicos dice Bonnecase *“son una manifestación de voluntad, bilateral o unilateral con el objeto de engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”*⁴⁵⁵. Galindo Garfias apunta que en los actos jurídicos encaminados causar efectos previstos en la norma jurídica juega un papel preponderante la voluntad, en cuanto a la existencia y validez del mismo, por eso *“el ejemplo típico del acto jurídico es el contrato”*⁴⁵⁶.

1.2.2. Origen contractual del acuerdo de mediación

6. Antes se dijo que la distinción hecha por el Código Civil Federal mexicano (CCFM) entre los convenios y los contratos⁴⁵⁷. En los artículos 1792 y 1793 se señala que un

licitud, ilicitud o intensidad. AZÚA REYES, Sergio T., *“Teoría General de las Obligaciones”*, 5ª edición, Porrúa, México, 2007. pp. 13-14. Los actos jurídicos se encuentran comprendidos dentro de los hechos jurídicos, sin embargo, siguiendo a Bonnecase, para que estos se manifiesten como tal, debe intervenir la voluntad humana.

⁴⁵⁵ BONNECASE, *op. cit.* pp. 763 y 764.

⁴⁵⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *“Derecho Civil”*, 19ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 210.

⁴⁵⁷ Véase epígrafe 2.2.2. del capítulo I *supra*, donde se habla de con acuerdos de confidencialidad.

convenio es aquel acuerdo que crea, transfiere, modifica o extingue obligaciones. Así, los contratos son convenios limitados a producir sólo dos efectos; la creación o transferencia de obligaciones. De esa forma quedan consagrados los primeros como el género y los segundos como la especie. También se dijo que la doctrina ha coincidido en la inutilidad de tal distinción⁴⁵⁸, sobre todo si se atiende lo señalado en el art. 1859 CCFM donde se homologa el tratamiento de los convenios y de los contratos. Aún admitiendo la esterilidad de la discusión en sí, se deben tomar en cuenta los rasgos inamovibles del contrato, Pérez Fernández del castillo señala que en todos los siglos, la creación y la trasmisión de derechos y obligaciones se ha considerado un contrato⁴⁵⁹.

7. El universo de situaciones jurídicas abarcadas por los acuerdos de mediación es harto complejo. Recordemos que esta clase de acuerdos tienen lugar solamente tras la culminación de un proceso de negociación asistida mediante la suscripción de un instrumento jurídico surgido en base al concierto volitivo de las partes. Estos instrumentos pueden generar dos efectos distintos; por un lado crear obligaciones y, por el otro, a la inversa, pueden reportar descarga obligacional entre las partes. Sin olvidar las nuevas doctrinas que aplican el concepto de “*contrato*” solamente a los negocios jurídicos que inciden sobre relaciones patrimoniales⁴⁶⁰, la naturaleza

⁴⁵⁸ En ese sentido PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, “*Contratos Civiles*”, 12ª edición, Porrúa, México, 2008. p. 7-8. Sin embargo, aún aceptando que una discusión de esa naturaleza, sobre todo, dentro de una investigación como la presente carece de utilidad se debe decir que desde antaño la doctrina no se han mostrado del todo renuente a esa distinción, p. ej. BONNECASE, *op. cit.* pp. 763-764. Algunos autores que han expresado la falta de trascendencia de la diferenciación ZAMORA Y VALENCIA, BAÑUELOS SÁNCHEZ, SÁNCHEZ MEDAL, PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, ROJINA VILLEGAS, entre otros, al respecto véase nota al pie 90 del capítulo I *supra*.

⁴⁵⁹ *Idem*.

⁴⁶⁰ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, “*Instituciones de Derecho Civil*”, Volumen I/2, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1998. p. 23.

contractual del acuerdo de mediación queda justificada cuando, a través de estos las partes tienen por objeto formar algún compromiso, es decir generar alguna obligación, en cuyo caso, les serían aplicables las reglas y principios aplicables a los contratos en general.

Según el artículo 1089 del Código Civil español (CCE) ⁴⁶¹ los contratos son fuente de obligaciones. Estas consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa ⁴⁶². El objeto del contrato alcanzado a través de mediación no se aleja las características de los contratos aportadas por el CCE. Dicho Ordenamiento señala que el contrato existe desde que una o varias personas consisten en obligarse (voluntad), respecto de unas u otras, en dar alguna cosa o prestar algún servicio (objeto).

8. Ahora bien, nada impide que a través de la mediación se alcance un pacto que extinga o modifique relaciones contractuales preestablecidas ⁴⁶³. En principio se visualiza el alcance de los acuerdos de mediación más amplio respecto del “*contrato*” bajo la concepción del CCFM. En un primer intento se identifican dos situaciones distintas: primero, un aspecto positivo generador de obligaciones entre las partes, en cuyo caso, es innegable su naturaleza contractual, en este punto tanto el Derecho

⁴⁶¹ Son reconocidas otras fuentes como la ley, los cuasi-contratos, los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

⁴⁶² Clasificación de los efectos de los contratos coincidente con las ideas de Pothier. Véase POTHIER, R. J., “*Tratado de las obligaciones*”, Editorial Heliasta S.R.L., versión directa según la edición francesa de 1824, Brasil, 1993. Art. 1088 CCE.

⁴⁶³ Como se verá líneas abajo, la modificación de una obligación ha sido considerada una novación, es decir, la sustitución de una obligación por una nueva.

español y el mexicano no tienen mayores discrepancias. En la segunda, bajo un aspecto negativo⁴⁶⁴ se trata de un pacto que modifica o extingue obligaciones.

Esta doble función coloca la situación aparentemente en dos extremos radicales de la teoría de las obligaciones a partir del resultado de un solo tipo de proceso (mediación), donde es posible surja un instrumento contractual que ponga fin a la carga obligacional entre las partes. Ese extremismo queda neutralizado a la luz del Derecho español. El art. 1156 CCE ofrece un listado de algunas causales de extinción de las obligaciones⁴⁶⁵. Díez-Picazo señala que la extinción de la relación obligatoria que liga a las partes como una relación jurídica compleja, unitariamente organizada para la realización de determinados fines empíricos (más allá que la obligación vista como el simple vínculo formado por la correlación entre un derecho de crédito y un deber de prestación), conduce a la conclusión de que existen otros medios (además de los del art. 1156) de extinguir esta relación jurídica p. ej. el mutuo disenso⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ No se debe confundir con la clasificación que divide las obligaciones en un aspecto positivo (dar y hacer) y otro negativo (no hacer). En este caso se está en un plano distinto donde, a través de un mismo tipo de proceso, se pueden generar pactos que tengan por objeto crear obligaciones (dar, hacer o dejar de hacer) o extinguirlas.

⁴⁶⁵ La doctrina ha señalado el elenco es incompleto. Al respecto *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, José, *"Derecho Civil español, Común y Foral"*, Tomo III, 16ª edición, Reus S.A., Madrid, 1992. pp. 406-407; ALBADEJO, Manuel, *"Derecho civil II: Derecho de las Obligaciones"*, Vol. I, 10ª Edición, Bosch Editor, Barcelona, 1997. pp. 295-296; LASARTE, Carlos, *"Principios de Derecho Civil II: Derecho de las obligaciones"*, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2002. pp. 193-194.

⁴⁶⁶ Señala algunas más: 1.- cuando se le es atribuida a una de las partes la facultad de dar por terminada la relación obligatoria; 2.- cuando se ha logrado plenamente la finalidad económica pretendida y se han agotado los efectos buscados; 3.- cuando se produce la circunstancia expresamente prevista como momento final de la relación (término final, condición resolutoria). DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *op. cit.* pp. 213-214.

En ese sentido, Loreto señala que no se trata de extinguir simplemente obligaciones, sino también la relación contractual en sí misma que le sirve de título, considerada como un todo orgánico tanto en su estructura como en la plenitud de sus efectos⁴⁶⁷, por eso, el mutuo disenso se configura como evento extintivo a partir de la unión de voluntades lo que da como resultado un nuevo contrato⁴⁶⁸ con efectos aniquilatorios (*ex nunc*⁴⁶⁹). Es decir, un contrato con el que se deja de cumplir otro anterior (igualmente bilateral) extinguiéndolo con efectos hacia el futuro, pues las partes al tener la capacidad para asumir su propia regulación, es lógico que tengan la facultad de extinguirla voluntariamente⁴⁷⁰. En resumen; al ser eliminada la relación obligatoria a través del mutuo disenso, no puede entenderse el sostenimiento de las obligaciones nacientes de esa conexión.

9. En este punto el Derecho mexicano se nivela con el español. El art. 1859 CCFM señala que *“las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídico, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”*. Partiendo de eso, el acuerdo de mediación que tiene como fin extinguir obligaciones debe ser considerado un contrato y no un acuerdo pues, bajo el imperio del CCFM recibirá el mismo trato. Además el

⁴⁶⁷ LORETO, Luis, *“Contrato revocatorio y retroactividad convencional”*, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E. (Coord.), *“Estudios en honor del Doctor Luis Recaséns Siches”*, Vol. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1987. pp. 411-412.

⁴⁶⁸ *Idem*.

⁴⁶⁹ La mediación esta pensada para en el arreglo del conflicto a partir del momento del acuerdo. Sería difícil pensar que las partes intentaran retrotraer esos efectos hacia el pasado (eficacia retroactiva *ex tunc*), en todo caso, ese efecto podría verificarse en los procesos de justicia restaurativa, los cuales, normalmente, exceden al ámbito civil y comercial y se enfocan más en otras materias como el Derecho Penal.

⁴⁷⁰ GHERSI, Carlos Alberto, *“Contratos civiles y comerciales”*, Tomo 1, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1999. p. 300.

mutuo disenso emana de la doctrina de los contratos y, siendo el consentimiento el que crea éstos, bastará el consentimiento invertido para extinguirlos (esto es lo que se denomina distracto)⁴⁷¹, por lo que se estaría ante un contrato nuevo que deberá reunir todos los requisitos normales para la validez de un contrato.

10. El art. 1796 CCFM señala que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. Una vez ocurrido esto las partes quedan obligadas no solo al cumplimiento de lo pactado, “...sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”. En este caso concreto la consecuencia consiste en dejar sin efecto una relación obligatoria preexistente, lo cual de ninguna manera puede ir contra derecho, pues es conforme con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Ghersi opina que un contrato sin contenido patrimonial perfectamente valdría como convención, pero no como contrato en sentido estricto⁴⁷², de tal suerte que un contrato que despliega efectos de distracto necesariamente tiene contenido patrimonial, ya que presupone que el contrato que se deja sin efectos tenía ese contenido, lo que significaría una carga patrimonial en sentido negativo, en otras palabras, con efecto de descarga.

En la confección de los contratos de mediación intervienen dos o más partes en conflicto, pero a diferencia de otras figuras contractuales requieren la intervención de un tercero para llegar a un acuerdo. Esta intervención tiene como objeto que las

⁴⁷¹ CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.* pp. 406-407; en el mismo sentido LORETO, *op. cit.* pp. 411-412.

⁴⁷² GHERSI, *op. cit.* p. 226.

partes, una vez agotado un procedimiento de negociación asistido, se obliguen entre sí.

11. Con lo anterior ha quedado justificada la naturaleza contractual de los instrumentos generados a través de la mediación. En resumen; se trata de un acuerdo de voluntades que arregla situaciones jurídicas preexistentes cuando a las partes por sí mismas les ha sido imposible acercar sus posiciones. Así, a expensas de sacrificios técnicos la doctrina ha denominado "*acuerdos de mediación*" a todos los pactos concertado a través de la mediación y, aún teniendo en cuenta su naturaleza contractual tanto en la faceta positiva y negativa, debemos atender por fuerza la costumbre con el único propósito de evitar confusiones, por eso, se les seguirá denominado acuerdos de mediación, finalmente toda relación de contenido obligacional necesariamente debe contener un "*acuerdo*" de voluntades.

1.3. Elementos de existencia

12. Antes ha quedado justificado el origen contractual de los acuerdos de mediación. Así cobra aplicación el Código Civil en aquellos casos en que la norma especial sea omisa (leyes especializadas en mediación o en métodos alternos de solución de controversias), siempre que las disposiciones del Código no se opongan a

la naturaleza de los convenios⁴⁷³. Las leyes que regulan la mediación poco o nada refieren sobre los requisitos de existencia de los acuerdos de mediación. Por otro lado, en los pocos aspectos regulados a detalle existe poca armonización, por ello, la naturaleza de los acuerdos de mediación tiene que ser complementada con la Legislación Civil. Esto es posible gracias al principio de supletoriedad sustantiva existente tanto en el sistema jurídico mexicano y como en el español.

13. Aquí conviene hacer un par de precisiones. El caso español no reporta muchos problemas, pues hasta el momento aunque han sido las Comunidades Autónomas las que han legislado sobre mediación, la remisión supletoria al CCE es lógica en todos los casos por tratarse de una Legislación Estatal. En México el panorama es distinto, pues, aunque las Entidades Federativas han asumido el compromiso de legislar en materia de mediación, existe un Código Civil para cada una de ellas y uno federal de aplicación en todo el territorio nacional en esa esfera. La regla aceptada en materia civil es la supletoriedad del Código Civil de la Entidad Federativa correspondiente cuando se trate de llenar lagunas de leyes del fuero común.

Realizar un estudio del acuerdo de mediación analizando caso por caso, es decir, Estado por Estado, contrastando cada uno de los Códigos Civiles estatales (o en su caso la Ley especial cuando regule específicamente los acuerdos de mediación) con los demás Códigos sería poco didáctico, además se corre el riesgo de caer en redundancias

⁴⁷³ Art. 1859 CCFM.

con lo cual se excederían los límites de la presente investigación. Lo que se pretende realmente es establecer líneas generales que definan y expliquen al acuerdo de mediación como figura contractual autónoma. Por lo anterior, es necesario acudir al Código Civil Federal con la intención de formar un criterio único. Se sacrificará en cierta medida técnica en aras de unificación de principios.

14. Es bien sabido que los Códigos Civiles Estatales han seguido más o menos la tónica del CCFM en cuanto a técnica legislativa consagrando principios muy similares en algunos supuestos y en otros idénticos, por lo que resulta compatible analizar la figura de acuerdo de mediación tomando como base los principios consagrados en el Ordenamiento Civil Federal.

Cabe hacer la distinción entre los elementos que definen al contrato, es decir que lo traen a la vida jurídica, llamados "*elementos de existencia*" pues, a falta de alguno de ellos si bien podrían observarse efectos jurídicos, estos nunca podrían denominarse contratos, nos referimos al consentimiento, el objeto y la causa de los contratos. Por otro lado, están los requisitos que configuran un esquema de validez del contrato cuando este ya existe, es decir, aquellos de los cuales depende la eficacia primaria del contrato⁴⁷⁴, pues la ausencia de alguno de ellos podría afectar de nulidad a la relación contractual⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Sobre la eficacia primaria véase el epígrafe 3.5 del capítulo V *infra*.

⁴⁷⁵ Véase el epígrafe 1.4 *infra* donde se analizan los requisitos de validez de los acuerdos de mediación.

1.3.1. Consentimiento

15. Como todo contrato los acuerdos de mediación se perfeccionan a partir del concierto de voluntades de dos o más partes entre sí, pero con una nota característica; *“la necesidad de agotar previamente un proceso de negociación asistida”*. Su existencia como negocio jurídico depende de la confluencia de voluntades en un mismo sentido. De ahí que se les pueda calificar como acuerdos pluripersonales⁴⁷⁶. Ese proceso de negociación bien podría confundirse con el período de preparación del contrato, por lo que conviene hacer algunas precisiones.

Se dice que previo al contrato las partes atraviesan una etapa de carácter psicológico. Puig Peña indica que el momento en el que las partes gestan la idea del contrato a nivel primario, es decir, cuando las partes comienzan a formarse una idea del contrato, se conoce como *“ideación”*, para después pasar a la *“deliberación”*, cuando tras de sopesar ventajas e inconvenientes de la suscripción del contrato llegan finalmente a la *“resolución”*, momento en que se decide llevar a efecto la contracción del vínculo⁴⁷⁷. No obstante, mientras esa *resolución* no se manifieste de alguna forma perceptible poco o nada interesa al Derecho.

⁴⁷⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *“Derecho Civil: contratos”*, Porrúa, México, 2000. p. 22.

⁴⁷⁷ PUIG PEÑA, Federico, *“Compendio de Derecho Civil español tomo III: obligaciones”*, Vol. 1, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966. p. 455.

16. Para que haya contrato tiene que haber consentimiento. Éste además de integrarse por las voluntades de las partes debe ser exteriorizado, pues la Ley no atribuye eficacia creadora y transformadora a la voluntad reservada por las partes en su fuero interno, dada la imposibilidad de otorgarle un valor cognoscible⁴⁷⁸. Esta etapa de desarrollo abstracto e individual debe ser diferenciada del período de preparación del contrato, pues en éste, ya aparece comunicación recíproca entre las futuros contratantes, exteriorizada por manifestaciones de voluntad las cuales según opinión de Santos Briz no crean vinculación jurídica alguna por no existir conformidad exacta de las partes y, por tanto, no haber alcanzado el perfeccionamiento del contrato⁴⁷⁹.

17. Antes ocuparse del momento en que el contrato se perfecciona se deben hacer algunas consideraciones para concluir si en realidad ese período gestación crea o no efectos jurídicos en los acuerdos de mediación⁴⁸⁰. En primera instancia la fase de gestación del acuerdo de mediación tiene lugar durante el procedimiento llevando ante el mediador, el cual estará regulado por el ordenamiento especial que resulte aplicable al proceso⁴⁸¹. Estos ordenamientos comúnmente consagran principios comunes aplicables al proceso⁴⁸²:

⁴⁷⁸ VON TUHR, A., "*Tratado de las obligaciones*", Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 1999. p. 114.

⁴⁷⁹ SANTOS BRIZ, Jaime, "*La contratación privada*", Editorial Montecorvo, Madrid, 1966. pp. 97-98.

⁴⁸⁰ Santos Briz señala que en esta etapa se pueden generar gastos o causar daños, es decir, la responsabilidad derivada de los tratos previos al contrato, aunque aclara que no existe disposición legal clara al respecto. SANTOS BRIZ, *op. cit.* pp. 97-98.

⁴⁸¹ La mediación en España está regulada por leyes dictadas al ámbito de las Comunidades Autónomas, en México por Leyes Estatales. Sin embargo, existen regiones que actualmente no ha legislado en la materia. Sobre el tema véase el capítulo III de la presente investigación.

⁴⁸² MARTÍN DIZ. *Loc. cit.* pp. 112 y ss.

1.- El principio de transparencia: consistente en que las partes deben estar informadas en todo momento de todos los datos de la controversia y consecuencias del proceso de mediación;

2.- Principio de contradicción: traducido en que las partes podrán alegar todo lo que a su interés convenga en contraposición a la otra parte;

3.- Principio de eficacia: equivalente a lo que en la teoría procesal se conoce como economía procesal, es decir, procurar lograr una solución con el menor costo temporal y económico posible;

4.- Principio de legalidad: las partes no pueden usar la mediación como vía para eludir la aplicación de norma, sobre todo cuando esta es de carácter imperativo;

6.- El principio de confidencialidad: extendido a todas las partes, incluido el facilitador con las limitantes que la ley impone⁴⁸³.

7.- El principio de libertad: traducido en la posibilidad de abandonar el procedimiento en cualquier momento, dado que la mediación tiene origen la voluntad de las partes.

cuadro 1

⁴⁸³ Para un tratamiento sobre este principio véase el epígrafe 2.2.2 del capítulo I *supra*.

18. Cuando la normativa aplicable a esta clase de procesos contiene los principios antes enumerados, se despliegan un efecto de protección a las partes con incidencia directa sobre la formación del consentimiento, pues su inobservancia durante el proceso de mediación abre la posibilidad de que se presenten vicios del consentimiento, p. ej. el error o dolo lo cual general la posibilidad de anulación del acuerdo de mediación (arts. 1265 y 1300 CCE)⁴⁸⁴. Estos principios coinciden básicamente con las garantías procesales mínimas requeridas en otra clase de procedimientos como la justicia tradicional o el arbitraje.

Otra incidencia del proceso de negociación asistido obra sobre las posturas emitidas por las partes. Este fenómeno ha sido estudiado bajo lo que se conoce como la teoría de la oferta y aceptación. Los Códigos Civiles establecen las reglas que fijan la dinámica de la oferta y aceptación como proceso de formación del consentimiento. El CCE y el CCFM señalan que entre presentes⁴⁸⁵ una vez que exista aceptación de la oferta se considerará que hay consentimiento⁴⁸⁶, con lo que se observa que el proceso negocial efectivamente tiene contenido jurídico, pues una oferta es vinculante siempre y

⁴⁸⁴ Véase el apartado 1.4.2 *infra*.

⁴⁸⁵ Las leyes vigentes que regulan la mediación, en México y España, de forma prácticamente unánime señalan el carácter personal de las sesiones de mediación, esto se conoce como principio de inmediación, el cual consiste en que los involucrados en el conflicto deben acudir a la mediación personalmente, salvo en aquellos casos en que alguna de las partes involucradas sea una persona jurídica, en cuyo caso, cualquier persona con poder suficiente podrá comparecer al proceso de mediación. Entre otras leyes que consagran este principio: Nuevo León art. 15, Coahuila art. 23, Jalisco art. 7, Colima art. 50, Tamaulipas art. 34, Zacatecas arts. 49-50, DF. arts. 28 -31, Hidalgo arts. 24-25, Durango art. 62, Tlaxcala art. 27, Veracruz art. 16, Baja California art. 19, Oaxaca art. 14, Yucatán art. 23, Cataluña art. 8, Asturias art. 8, Canarias art. 4.

⁴⁸⁶ Art 1262 CCE y art 1807 CCFM. Planiol señala que en tanto permanezcan las voliciones sin conocerse y sin unirse nada se ha hecho, afirma que lo que construye al contrato es el pacto, es decir, un intercambio de declaraciones que permitan saber a las partes que el contrato esta convenido. PLANIOL y RIPERT, *op. cit.* p. 822.

cuando la otra parte la acepte; esa escisión del consentimiento configura el proceso de formación del contrato⁴⁸⁷.

19. En los acuerdos de mediación la voluntad nace de una comunicación donde la intervención de un tercero juega un papel fundamental. El facilitador como elemento indispensable en el proceso de mediación aporta características especiales a la dinámica de la oferta y aceptación contenida los Códigos Civiles, pues su función básica consiste en ayudar a las partes a extrapolar el proceso psicológico de gestación del contrato (ideación, deliberación y resolución) al plano material. La extrapolación antes descrita ha sido planteada por Caram. Su estudio es útil para aproximarnos a una explicación satisfactoria bajo la óptica del Derecho. Señala que las posibilidades de solución de un conflicto no son otra cosa que las “*opciones*” que las partes tienen para el arreglo de la controversia⁴⁸⁸. Estas opciones a su vez se subdividen en tres estadios diferentes: alternativas, propuestas y soluciones⁴⁸⁹. Etapas que tienen que ser agotadas a lo largo del procedimiento de mediación para concretar satisfactoriamente el acuerdo de mediación.

En primer lugar las “*alternativas*” son entendidas como aquellas opciones que tienen las partes para abordar su conflicto cuando a través de la mediación no

⁴⁸⁷ BORDA, Guillermo A., “*Tratado de Derecho Civil*”, Tomo II, 8ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1998. p. 133.

⁴⁸⁸ El acuerdo de mediación tiene como fin la composición de las partes que han tenido un desacuerdo previo.

⁴⁸⁹ CARAM, María Elena, EILBAUM, Diana Teresa y RISOLÍA, Matilde, “*Mediación diseño de una práctica*”, Librería Editorial Histórica, Buenos Aires, 2006. p. 342-343.

consiguen llegar a un acuerdo⁴⁹⁰. Las “*propuestas*” son opciones generadas a la luz de criterios objetivos y subjetivos elaboradas de tal forma que, de ser aceptadas podrían formar parte del acuerdo⁴⁹¹, es decir, posibles salidas al conflicto. Finalmente las “*soluciones*” son las propuestas en concreto, que una vez aceptadas por las partes integran de manera efectiva el acuerdo⁴⁹², para así alcanzar la perfección del contrato.

Queda de manifiesto que además la conducción de la negociación el mediador necesariamente incide en la oferta y la aceptación en dos aspectos: Primero porque la oferta no es directa sino que es supervisada por conciliador el cual pasa a ser una parte mas en la negociación, eso si, desprovisto de poder de decisión. En segundo término cuando el mediador reconduce la negociación a aspectos que considera susceptibles de trato incide necesariamente en el otorgamiento de la voluntad de las partes.

20. El *quid* fundamental radica en cual es el momento donde efectivamente se manifiesta el consentimiento en el proceso de mediación. La determinación del momento es imperativo si se pretende saber con exactitud cuando se está ante un contrato. El Ordenamiento Civil es muy claro al señalar que una vez habido el consentimiento (acuerdo de voluntades) hay contrato⁴⁹³. Sin embargo, los Códigos se refieren a la integración del consentimiento mediante la oferta donde hay posturas

⁴⁹⁰ *Idem.*

⁴⁹¹ CARAM *et. al., op. cit.* pp. 390-391.

⁴⁹² *Op. cit.* p. 343.

⁴⁹³ Art. 1261 y 1262 del CCE y 1807 del CCFM.

simples y unilaterales en colisión con aceptaciones de la misma naturaleza. La redacción legal no informa con claridad sobre procesos de negociación colaborativa y, tampoco se dice nada sobre la generación de soluciones de forma paulatina mediante de un proceso regulado, estructurado y conducido por un tercero.

Al respecto, Planiol señala que la aceptación debe hacerse después de la oferta (irretroactividad de la aceptación). Esto puede suceder unos instantes después o con un intervalo de tiempo considerable, esto se conoce como la descomposición del consentimiento pero se advierte un problema; el contrato en el caso de mediación se compone de decisiones sucesivas⁴⁹⁴. El mismo autor señala que en ocasiones la convención puede ser complicada, pues las partes pueden ponerse sucesivamente de acuerdo sobre diferentes puntos. Esto sucede en la formación de un convenio de mediación, donde a través de las sesiones del proceso comunicativo se irán acordando puntos. Nuestro autor señalan que en esos casos el concurso de voluntades se establece varias veces, y hace especial hincapié en la dificultad de identificar el preciso instante donde se forma el contrato señalando que, cuando en la ley no exista disposición que resuelva la dificultad, la cuestión debe ser planteada al juez⁴⁹⁵. El caso mexicano y español encaja con las características antes señaladas, empero, la cuestión tratándose de mediación debe encontrar otra solución.

⁴⁹⁴ En realidad estos autores plantean tres problemas. Los otros dos se refieren a cuando la oferta es aceptada después del intervalo de tiempo y, cuando el contrato se forma por correspondencia. Sin embargo, esos dos supuestos son de difícil observación dentro de la conformación del consentimiento en un acuerdo de mediación. PLANIOL y RIPERT, *op. cit.* p. 824.

⁴⁹⁵ *op. cit.* p. 826.

21. Es bien sabido que las partes que comparten el mismo espacio físico o virtual⁴⁹⁶ al encontrarse enfrascadas en un proceso de negociación, no tienen mayores problemas para registrar la oferta y aceptación de forma casi inmediata dada su proximidad⁴⁹⁷. No obstante, esta teoría se ve rebasada en el presente caso. En una negociación asistida las partes van construyendo opciones de solución, pudiendo existir en mayor o menor medida carga emocional como resultado del conflicto que generó el procedimiento, con lo cual se construye o reconstruye poco a poco el proceso comunicativo y, las partes así como conciliador van generando opiniones y soluciones. Tales elementos hasta este momento vuelven difícil determinar el momento efectivo en que se integra el consentimiento. Para balancear la ecuación debemos incorporar un elemento más: la forma del contrato.

La explicación a la determinación del momento en que se pasa de una simple propuesta a solución, o lo que es lo mismo, al momento de exteriorización de la resolución debe ser atribuida al requisito de escritura que imponen prácticamente todas las legislaciones sobre mediación⁴⁹⁸. Las partes al irse poniendo de acuerdo sobre puntos en concreto, van determinando o eliminando situaciones de conflicto y,

⁴⁹⁶ Con esto nos referimos a que las partes gracias a las nuevas tecnologías pueden obligarse en tiempo real, p. ej. vía telefónica o internet.

⁴⁹⁷ PUIG PEÑA, *op. cit.* pp. 461-462; en el mismo sentido STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S. (Dir.), *“Contratos, teoría general”*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1993. p. 128.

⁴⁹⁸ P. ej., el art. 18 de la Ley 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito privado catalana o el art. 30 de la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León.

sólo se tendrá consentimiento una vez que se formalice en un acuerdo por escrito y éste sea aceptado plenamente mediante la firma de las partes (1796 de CCFM⁴⁹⁹).

22. Existe otra cuestión de difícil solución que involucra al consentimiento. Como se ha visto, a través de un proceso estructurado de negociación, el consenso volitivo se va manifestando paulatinamente culminando en la oferta y aceptación que en teoría corresponde formular a las partes, sin embargo, en la *praxis* cabe la posibilidad de que una mediación se convierta en conciliación siempre y cuando así lo exijan las circunstancias del caso y la ley no lo prohíba⁵⁰⁰, también las partes al acudir al facilitador pueden habilitarlo desde el inicio o durante el proceso para que proponga soluciones.

Con esas propuestas de solución el conciliador viene a suplir a la parte oferente. De esa manera ejerce una potestad reservada exclusivamente a las partes de conformidad a la teoría tradicional, pero que finalmente ejerce, ya sea por disposición de ley o por la voluntad de las partes. Cuando esto pasa se rompen las reglas normales de manifestación de la voluntad antes explicadas y el conciliador realmente exterioriza una oferta, por eso la integración del consentimiento cobra una dimensión distinta.

⁴⁹⁹ Art. 1796.- “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley...”.

⁵⁰⁰ Por autorización legal o a solicitud de parte cuando no contravenga ninguna norma de orden público.

Muñoz ha sostenido que lo normal es que las declaraciones de voluntad sean completas, pero que existe la posibilidad de que el declarante confíe a un tercero el complemento de su propia declaración incompleta, la cual no es plena y se conoce como declaración en blanco⁵⁰¹. Von Thur explica que las declaraciones en blanco son aquellas que constan en documentos con redacción pendiente⁵⁰². En la mediación un evento de esa naturaleza es de imposible verificación, pues las leyes que la regulan estos procesos obligan de ordinario a que el conciliador levante un acta en el momento de cerrar el procedimiento mismas que debe ser firmada por las partes. Sin embargo, lo importante es extraer de la declaración en blanco (retrotrayéndonos al momento de la oferta verbal) la validez de la oferta de un tercero (conciliador), ratificada en última instancia mediante la firma del acuerdo de mediación.

Los principios que gobiernan al procedimiento de mediación y por extensión al de conciliación⁵⁰³, funcionan como un mecanismo de control, pues de esa manera se delimita la postura y alcance de la actuación del conciliador garantizando un desempeño que atienda la finalidad última perseguida por las partes, con el objeto de evitar vicios del consentimiento. Sin embargo, lo anterior no deja de significar un desfase que rompe con los principios consagrados en el Código Civil, el cual deja de responder ante el acuerdo alcanzado a través de la conciliación. La cuestión es subsanada por el ordenamiento especial⁵⁰⁴, pues introduce la posibilidad real de oferta (propuesta) por parte del conciliador convalidando así el consentimiento, lo que

⁵⁰¹ MUÑOZ, Luis, “*Contratos*”, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960. p. 111.

⁵⁰² VON THUR, *op. cit.* pp. 118-119.

⁵⁰³ Véase cuadro 1 *supra*.

⁵⁰⁴ Se hace referencia a las leyes que regulan específicamente la conciliación.

finalmente acarrea el perfeccionamiento del contrato una vez que las partes han manifestado su aceptación.

Un claro ejemplo es la Ley de Medios Alternos de Solución de Controversias para el Estado de Coahuila⁵⁰⁵. Ese ordenamiento en la fracción IV de artículo 45 faculta al conciliador para proponer soluciones y, posteriormente en el artículo 28 concede los mismos efectos jurídicos al acuerdo de mediación y al de conciliación. Con lo anterior queda resuelto el problema de los acuerdos alcanzados en la conciliación, por lo menos en los casos donde al igual que Coahuila se les conceda la misma eficacia jurídica al acuerdo alcanzado en una mediación y en una conciliación, aunque como hemos visto, no todas las legislaciones regulan este MASC⁵⁰⁶.

1.3.2. Objeto

23. Sobre el objeto de los contratos mucho se ha discutido en la teoría de las obligaciones. Sobre el tema se percibe todavía cierta confusión sobre todo generada por el poco detalle reportado por el Código Civil francés heredada a los que se han inspirado en él, por ejemplo el CCE y el CCFM⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Publicada el 12 de julio de 2005.

⁵⁰⁶ Véase Capítulo III *Supra*.

⁵⁰⁷ Véase CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Feliz A., “*Compendio de Derecho de las obligaciones*”, Tomo 1, 2ª edición, Editora platense, La Plata, 1998. p. 35.

24. Un posicionamiento bastante aceptado en la doctrina señala que el objeto realmente estiba en las obligaciones. Se dice que finalmente la prestación⁵⁰⁸, es decir la cosa, el servicio, el deber de abstención o el guardar una conducta pasiva, le son solo mediatos al contrato, pues sirven para satisfacer prestaciones de dar, hacer o no hacer⁵⁰⁹, y estas, en todo caso, constituyen un efecto de aquel⁵¹⁰. En ese sentido se pronuncian Planiol y Ripert al sostener que el contrato como tal no tiene objeto y que este solo le puede ser atribuido a través de una elipsis, pues los efectos del contrato consisten en la creación de obligaciones, y estas tienen un objeto. De modo que es por medio de una especie de abreviación que el objeto se le atribuye directamente al contrato⁵¹¹.

Siguiendo esa tónica Castán Tobeñas clarifica la cuestión al Señalar que el objeto inmediato (directo) del contrato es la obligación que por él se constituye, la cual tendrá un contenido de dar, hacer o no hacer⁵¹², en contraposición el objeto mediato (indirecto) del contrato en todo caso es la cosa o servicio que son materia (objeto material) respectivamente de las obligaciones de dar o hacer⁵¹³.

⁵⁰⁸ Sobre la prestación dice Lasarte que es la conducta prometida por el obligado sea cual sea su naturaleza, alcance y concreción. LASARTE, *op. cit.* p. 53.

⁵⁰⁹ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *"Derecho de las obligaciones y contratos"*, 2ª edición, Bosch Editor, Barcelona, 1999. p. 109; ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *"Derecho comercial y económico: contratos parte especial"*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1995. p. 16; BORJA SORIANO, Manuel, *"Teoría General de las Obligaciones"*, 21ª edición, Porrúa, México, 2009. pp. 138-139.

⁵¹⁰ CAZEAUX, *op. cit.* p. 72.

⁵¹¹ PLANION y RIPERT, *op. cit.* p. 828.

⁵¹² CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.* p. 632.

⁵¹³ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *"Compendio de Derecho Civil: obligaciones"*, Tomo III, 28ª edición, Porrúa, México, 2009. pp. 64 y ss; en el mismo sentido CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *"Contratos civiles"*, Porrúa, México, 2007. p. 22.

Según Díez-Picazo, teniendo en cuenta la realidad última que es apreciada por los contratantes, se dice que el objeto del contrato es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de aquellos⁵¹⁴, finalmente el CCE (arts. 1271-1272) y el CCFM (1824-1827) atribuyen el objeto del contrato a cosas o servicios o, en todo caso al deber de abstención cuando la prestación consista en “no hacer”⁵¹⁵. Con esto claramente se refiere a lo que se conoce como objeto mediato del contrato. Sobre las características del objeto brevemente señalaremos que los Códigos al unísono señalan que este debe ser posible, lícito es decir que este en el comercio, y determinado en cuanto a su especie.

25. Una cuestión en la que si se observa cierta uniformidad doctrinal es que el objeto directo de los contratos es un efecto de creación de obligaciones. A continuación veremos cómo se manifiestan estos efectos a través de los acuerdos de mediación. Ahora bien, al tratarse de convenios elaborados dentro de una negociación asistida, y como se ha señalado antes cuando quedo justificado el origen contractual del acuerdo de mediación, no extraña que el nuevo contrato tenga por objeto extinguir ciertos compromisos preexistentes entre las partes, de lo cual habrá que ocuparse más adelante.

⁵¹⁴ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.* pp. 34-35.

⁵¹⁵ En ese sentido PUIG BRATAU, José, “*Compendio de Derecho Civil*”, Vol. II, 3ª edición, Bosch Editor, Barcelona, 1997. p. 199.

1.3.2.1. Creación de obligaciones

26. Mediante los acuerdos de mediación las partes pueden concertar obligaciones. Esto es cuando además de las relaciones preexistentes se derivan nuevas. No debe olvidarse que la mediación al fin y al cabo es una negociación y las partes pueden introducir elementos nuevos a ella. Sin embargo, también es cierto que estamos ante un proceso para solventar diferencias lo que presupone la existencia de una relación contractual previa entre las partes. Ello indica que la creación de nuevas obligaciones a través de una mediación es un evento accidental. En este sentido el objeto de la mediación en principio no es crear, sino más bien componer diferencias y para ello tiene que haber antecedentes de trato entre las partes, sin excluir la generación de un nuevo pacto si las partes así lo acuerdan.

1.3.2.2. Trasmisión de obligaciones

27. La transmisión y la modificación de obligaciones son temas íntimamente ligados. Según Lasarte, las primeras son una variante de la segunda. En ese sentido pueden ser distinguidas por el carácter subjetivo de aquellas y el objetivo de éstas⁵¹⁶. La transmisión implica una modificación de la relación contractual que consiste en el cambio de los sujetos activos o pasivos de la relación contractual dejando subsistente

⁵¹⁶ Lasarte, *op. cit.* p. 215.

la misma relación jurídica sin modificarla⁵¹⁷ ni extinguirla⁵¹⁸. Se dice que existen por lo menos tres formas de transmitir las obligaciones: el cambio de acreedor o la cesión del crédito, el cambio de deudor o asunción de la deuda⁵¹⁹ y la subrogación⁵²⁰. Sin embargo, como se verá más adelante, el principio de intermediación puede limitar la posibilidad de trasmisión.

28. Es posible hacer la cesión de un crédito a través de una mediación. Nada impide tal circunstancia (art. 1112, 1526 y 1528 CCE) con todo y que la Ley no exige como requisito la aceptación del deudor para su trasmisión⁵²¹. Las únicas limitantes a esta libertad son los créditos estrictamente personales, los prohibidos por la Ley y aquellos prohibidos entre las partes⁵²². Es pues factible que las partes inmersas en un proceso de mediación transmitan créditos sin que el tercero (nuevo acreedor) sea llamado a la mediación, y menos necesaria es su concurrencia a la firma del acuerdo. En todo caso el cedente transmitirá la obligación al cesionario al firmar el acuerdo de mediación. Esta cesión no modifica en sustancia la relación obligatoria, finalmente al interés del sujeto pasivo (el deudor) importa el satisfacer el crédito en sí y no a quien debe hacerlo. La posibilidad de transmitir créditos mediante un acuerdo de mediación aparece como una

⁵¹⁷ En ese sentido PUIG PEÑA, *op. cit.* p. 279.

⁵¹⁸ ROJINA VILLEGAS, *op. cit.* p. 468.

⁵¹⁹ La doctrina española ha considerado que la sustitución del deudor constituye verdaderamente una novación con efectos extintivos, por eso se estima adecuado ubicar su análisis en el epígrafe 1.3.2.4 apartado 37 *infra*.

⁵²⁰ Gutiérrez y González señala que además se debe tener en cuenta las siguientes modalidades de sesión: la gestión de negocios (hasta el momento de aceptación de la gestión), la adjudicación (judicial) y la tradición (p. ej., la entrega a un tercero de un título al portador). GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *“Derecho de las Obligaciones”*, 14ª edición, Porrúa, México, 2002. pp. 1017 y ss. En la presente investigación no se abordarán los tópicos descritos debido a su difícil actualización, debido al principio de intermediación que gobierna al procedimiento de mediación.

⁵²¹ Art 2030 CCFM y 1112 CCE.

⁵²² MOGUEL CABALLERO, Manuel, *“Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales”*, 2ª edición, Porrúa, México, 2004. p. 159; Véase art. 1257 CCE.

opción usual y práctica, sobre todo cuando la divergencia se suscita con base en una deuda.

29. La subrogación por su parte obedece a distintas reglas. Se trata de la sustitución del acreedor preferente mediante el pago hecho por un tercero u otro acreedor, sin que este *per se* obre de manera extintiva, y por ende, no libere al deudor de su obligación⁵²³, de suerte que el único efecto producido consiste en el cambio de la persona del acreedor, así convirtiendo a quien paga en acreedor del deudor constituyendo una novación modificativa⁵²⁴ que trasfiere los derechos de crédito originales a un tercero permaneciendo finalmente inmutable la obligación.

En un proceso de mediación se puede concertar el pago con subrogación, eso sí, el efecto producido obligaría al cese del procedimiento. La subrogación implica un pacto entre el acreedor original y el nuevo, negocio que no exige el consentimiento del deudor⁵²⁵, por lo que realmente se está ante es una operación independiente ajena a la mediación, que viene a excluir la participación de una de las partes de la mediación (antiguo acreedor), en cuyo caso, aun con todo y que la obligación se mantiene, obraría como causal de terminación de de la mediación, pues la identidad de los mediados ya no correspondería a la primitiva y, la continuación de la mediación no podría ser entendida.

⁵²³ CAZEAUX, *op. cit.* p. 655.

⁵²⁴ CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.* p. 450.

⁵²⁵ *Idem.*

1.3.2.3. Modificación de obligaciones

30. La modificación de las obligaciones afectan solamente aspectos circunstanciales como plazos o formas de pago, fecha de entrega, cantidad, etc.⁵²⁶. Estos aspectos deben carecer de sustancia, pues de otro modo estaríamos ante una novación con efecto extintivos, de ahí que el artículo 1204 del CCE señale que *“Para que una obligación extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la nueva o la antigua sean del todo incompatibles”*. De modo que en el sistema español la modificación solamente en casos excepcionales significará la extinción de la obligación y, por ende, su sustitución por una nueva⁵²⁷.

1.3.2.4. Extinción de obligaciones

31. Antes se ha señalado que tanto la doctrina española y la jurisprudencia han sostenido la existencia diversas formas de poner fin a las obligaciones además de las ofrecidas en el catálogo del CCE⁵²⁸. También se dijo que las partes a través del mutuo disenso pueden destruir la relación obligatoria, pues al crear un efecto en cadena elimina todo lo que se sostiene en ella, en este caso; la existencia y sustento de la obligación.

⁵²⁶ LASARTE, *op. cit.* p. 215.

⁵²⁷ ROGEL VIDE, *op. cit.* p. 81.

⁵²⁸ Véase apartado 8 del epígrafe 1.1.1.2 *supra*.

En este apartado se analizará la posibilidad y, en su caso, la forma en que pudiera tener cabida la extinción de la obligación a través de cada uno de los tópicos del CCE en el marco de un acuerdo de mediación⁵²⁹. El pago es la forma normal de extinción de las obligaciones⁵³⁰. Además el CCE informa cinco formas adicionales de extinción⁵³¹: la pérdida de la cosa debida⁵³², condonación de la deuda⁵³³, confusión de los derechos del acreedor y el deudor⁵³⁴, compensación⁵³⁵ y la novación⁵³⁶.

32. Pago: A través del pago se puede extinguir las obligaciones preexistentes entre las partes por considerarse cumplidas. Así, cuando al acudir a la mediación por una deuda que se encuentra en mora y, el deudor la reconoce y paga, se extinguirán las obligaciones del crédito sin necesidad de concluir un acuerdo de mediación.

33. La pérdida de la cosa perdida: esta causa de extinción de las obligaciones es difícilmente verificable al ámbito de una mediación. Antes se ha dicho que el objeto de los contratos debe ser posible, además se ha sostenido que cuando a través del acuerdo de mediación se pone fin a una obligación, se despliegan efectos aniquilatorios de la relación contractual preexistente. Por eso, al dejar de existir el objeto del contrato (en este caso consistente en una cosa), se hace imposible

⁵²⁹ No se entrará al estudio de la pérdida de la cosa por exceder los límites de la presente investigación.

⁵³⁰ BORJA SORIANO, *op. cit.* p. 611.

⁵³¹ Art. 1156.

⁵³² Arts. 2017 al 2021 del CCF.

⁵³³ Arts. 2209 al 2212 del CCF.

⁵³⁴ Arts. 2206 al 2208 del CCF.

⁵³⁵ Arts. 2185 al 2205 del CCF.

⁵³⁶ Arts. 2213 al 2223 del CCF.

concertar un acuerdo de mediación, pues de entrada no se dispondría de todos los elementos de existencia necesarios para su perfección, en este caso el objeto.

34. Condonación de la deuda: el CCE señala que las condonaciones se someterán a las reglas que rigen las donaciones inoficiosas⁵³⁷. Por su parte, el CCFM⁵³⁸ señala que cualquiera puede renunciar a su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto aquellos casos en que la Ley lo prohíbe⁵³⁹. En una mediación la parte acreedora puede desistir de su derecho cuando no existe disposición legal que lo impida, gracias al derecho de libre disposición del que goza la persona sobre su patrimonio. En este caso estiba en el mediador una importante función, pues está obligado a indicar a las partes que derechos son renunciables y cuáles no, con el objeto de garantizar un acuerdo eficaz que sea susceptible de cumplimiento y en su caso de ejecución. Por último, el CCE dispone que la condonación de la deuda podrá ser expresa o tácita. En el caso debe ser otorgada *intra* procedimiento de mediación. El requisito de escritura impuesto por las Leyes de mediación elimina el supuesto de otorgamiento tácito.

35. Confusión de los derechos del acreedor y el deudor: Esta forma de extinguir obligaciones no es un tópico de posible verificación a través de un acuerdo de mediación. Mientras que en la mediación es requisito indispensable la concurrencia de por lo menos dos personas con un conflicto (posiciones encontradas), la confusión

⁵³⁷ Art. 1188.

⁵³⁸ Art. 2209 CCF.

⁵³⁹ P. ej., el derecho a recibir alimentos art. 321 CCFM.

según Planiol consiste en la reunión de las cualidades de deudor y acreedor en la misma persona⁵⁴⁰, aunque concede que puede producirse como una consecuencia de una adquisición de crédito entre vivos, p. ej. el acreedor cede su crédito al deudor⁵⁴¹, pero en ese caso, el acuerdo de mediación equivaldría a una condonación.

36. Compensación: cuando los mediados tengan obligaciones recíprocas entre sí, y estas sean equivalentes, podrán acordar la extinción de la obligación por compensación. Planiol propone 5 condiciones para que se de la compensación: La reciprocidad de obligaciones, fungibilidad de sus objetos, que las deudas sean líquidas, que el crédito opuesto en compensación sea exigible y que el derecho extinguido por la compensación sea susceptible de embargarse⁵⁴². Sin el monto de las deudas no es equivalente se podrá compensar hasta el monto del crédito menor y el resto quedará pendiente⁵⁴³, si uno de los créditos no es exigible las partes podrán acordar la compensación expresamente a través del acuerdo de mediación. Así, el facilitador puede ayudar a las partes a saldar los créditos recíprocamente, lo cual resulta práctico y económicamente rentable.

37. Novación: dice el CCFM que habrá novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la

⁵⁴⁰ Cuestión verificable normalmente en las sucesiones cuando el acreedor sucede al deudor. PLANIOL y RIPERT, *op. cit.* pp. 718-719.

⁵⁴¹ BORJA SORIANO, *op. cit.* p. 643.

⁵⁴² PLANIOL y RIPERT, *op. cit.* p. 713.

⁵⁴³ Arts. 2186 y 2191 del CCFM.

antigua⁵⁴⁴. El CCE por su parte señala que la obligación podrá modificarse sustituyendo la persona del deudor (art. 1203.3). La sustitución del deudor o asunción de la deuda ha sido un tema muy debatido por la doctrina española. Sin embargo, en lo que sí existe consenso es en la necesaria aceptación del acreedor (art. 1205 CCE), y en que existen dos formas de llevarla a cabo.

La primera mediante un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor (*expromisión*), sin la intervención del deudor primitivo, esto es, mediante la celebración de un contrato con el nuevo deudor⁵⁴⁵, tópico que no tiene cabida *intra* mediación dado el principio de inmediación. Éste principio obliga a que las partes en conflicto estén en todo momento presentes en el procedimiento llevado ante el facilitador, la celebración de una operación jurídica entre sólo una de las partes con un tercero va en contra del espíritu colaborativo del procedimiento y en todo caso estaríamos en un negocio jurídico *extra* mediación.

La segunda forma se denomina cesión por *delegación*. En este caso el acreedor debe prestar su conformidad con un contrato concertado entre el nuevo deudor y el primitivo, este caso es posible en la mediación, pues los mediados participan activamente, si bien, con un nuevo jugador en el proceso de mediación. Esta modalidad ha sido considerada por la doctrina una verdadera novación extintiva que

⁵⁴⁴ Art. 2213.

⁵⁴⁵ PUIG PEÑA, *op. cit.* p. 300.

produce la imposibilidad de acción contra el deudor primitivo⁵⁴⁶. Las partes en una mediación pueden solventar la disputa variando las prestaciones que tenían previamente acordadas, y continuar sus relaciones contractuales. A través de la novación, quedan extinguidas las obligaciones previas, pero inmediatamente son sustituidas por unas nuevas.

Después de analizadas todas las posibilidades de trato en materia de mediación comercial, se puede concluir que el objeto del contrato es variable según el caso y va a ser determinado por las pretensiones de las partes. De modo que el objeto del contrato surgido en una mediación válidamente será determinado en función de la clase de conflicto que surja entre los intervinientes.

1.3.3. Causa

38. El estudio sobre la causa ha de observarse a la luz del Derecho español, pues como advierte Gutiérrez y González, el sistema mexicano actual no adopta la tesis causalista y sólo se habla de la ilicitud del fin o motivo determinante como elemento de validez⁵⁴⁷. Tan es así que el art. 1794 CCFM señala que para la existencia de

⁵⁴⁶ Cfr. ALBADEJO, *op. cit.* pp. 327-328; PUIG PEÑA, *op. cit.* p 301; LASARTE, *op. cit.* pp. 230-231.

⁵⁴⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 351; véase el art. 1795. III que señala que el contrato puede ser invalidado porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito. Eso también acontece en el Derecho español, el art. 1305 admite la ilicitud de la causa como causal de nulidad.

contrato se requiere solamente consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato.

39. Capitant señala que *“todo el que se obliga hacia otro, lo hace por consideración de un fin que se propone alcanzar por medio de esta obligación...”*⁵⁴⁸ *“...Porque quien contrata no se obliga por otra cosa que por alcanzar su fin; su obligación tiene necesariamente una causa”*⁵⁴⁹.

40. No es el lugar para entrar al estudio exhaustivo de la teoría de la causa. Más bien, a modo orientativo hemos de diferenciar el aspecto subjetivo y el objetivo de la causa, identificando el primero con los motivos a nivel psicológico que llevan a contratar en una mediación, es decir, el impulso personal y por tanto mutable de individuo a individuo. El segundo como el fin o razón de ser objetivo intrínseco o jurídico del contrato sustentado por la teoría de la causa objetiva adoptada por el ordenamiento español⁵⁵⁰, al reconocer la función económico-social que el contrato cumple, consistente en la modificación de la situación existente en el derecho objetivo considerada importante para su propias finalidades, que trae como resultado una causa constante e inmutable para cada tipo de contrato⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ CAPITANT, Henri, *“De la causa de las obligaciones”*, Editorial Góngora, Madrid. p. 2.

⁵⁴⁹ *op. cit.* p. 27.

⁵⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.* p. 639.

⁵⁵¹ MESSINEO, Francesco, *“Doctrina general del contrato”*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986. pp. 109-112.

41. Dice Puig Peña que la causa objetiva ha de cumplir tres requisitos:

1.- Su existencia: sin causa no hay contrato.

2.- Veracidad: la ausencia de este requisito trae aparejado error o simulación, y el resultado en ambos casos puede ser la inexistencia.

3.- Debe ser lícita: una causa ilícita no produce efecto alguno de acuerdo al art. 1275 CCE, y por tal es inexistente⁵⁵².

Cuadro 2.

El acuerdo de mediación se alcanza a través de una negociación asistida. Esto a su vez presupone una situación de conflicto a consecuencia de una relación contractual preexistente. Así, el inicio del procedimiento de mediación persigue la consecución de un acuerdo que a su vez tenga como finalidad poner fin a la controversia. Es decir, eliminar una relación jurídica incierta (también llamada *res dubia*). El Tribunal Supremo ha señalado que la causa de los contratos de transacción es precisamente eliminar la *res dubia*⁵⁵³, causa común a los acuerdos de mediación, pero sin llegar a confundir ambas figuras contractuales, pues como antes se ha señalado, el consentimiento como elemento de existencia tiene notorias particularidades en el acuerdo de mediación.

⁵⁵² PUIG PEÑA, *op. cit.* p. 435.

⁵⁵³ STS de 20 de septiembre de 2000 (1153/2000).

Al respecto, Lafont Pianetta señala que la diferencia fundamental entre la mediación y la transacción radica en la intervención de un tercero en la mediación/conciliación, el cual aporta al proceso de construcción positiva (negociación) e incide de forma efectiva en el proceso volitivo, lo cual puede generar vicios al consentimiento⁵⁵⁴. De tal suerte que recordando la inmutabilidad de la causa, esta puede ser encontrada en la solución de la controversia o eliminación de la *res dubia* a través del contrato concertado *intra* mediación.

1.4. Elementos de validez y su incidencia en la eficacia del acuerdo de mediación

42. No basta con que un contrato exista para que sea eficaz. Es decir, para que despliegue los efectos jurídicos para los cuales fue concertado: crear, transmitir o extinguir obligaciones, sino que también tiene que ser válido. La diferencia entre los elementos de existencia y los de validez radica en que sin uno de aquellos no existe el acto jurídico como tal, y la falta de alguno de estos significa la nulidad del contrato, los cuales normalmente admiten la opción de aplicar un remedio para su convalidación. Así, es requisito indispensable que, además existir, se cumplan ciertos requisitos para el cumplimiento de la causa. En los siguientes apartados se analizará: la capacidad, los vicios en el consentimiento y la forma, todos ellos como posibles causales de nulidad.

⁵⁵⁴ LAFONT PIANETTA, Pedro, “Manual de contratos”, Tomo II, Ediciones Librería Profesional, Bogotá, 2001. p. 1165.

1.4.1. Capacidad de las partes

43. Por capacidad debe entenderse la posibilidad de ser sujeto del derecho con las implicaciones propias de ser humano. De esa manera, se pueden tener y adquirir derechos y obligaciones por el simple hecho de ser persona. Pero una cosa es ser sujeto de derechos y obligaciones, y otra distinta es la posibilidad de ejercerlos, de ahí se deriva la dicotomía entre la capacidad de goce y la de ejercicio (obrar).

44. La capacidad de goce es la aptitud de toda persona para ser titular de derechos y obligaciones. Por su parte la de ejercicio es la aptitud que tienen determinadas personas para hacer valer esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismas⁵⁵⁵. Esta “*determinación*” viene tasada en la norma, en función del *status* personal configurándose un sistema de excepción, de modo que mientras la ley no lo impida, la persona tendrá capacidad de ejercicio y por tal de obligarse. Esto se advierte en el Ordenamiento Civil. Por su parte el art. 1263 CCE (en sentido negativo) señala que no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados y los incapacitados y, el art. 1798 CCFM (en sentido positivo) “*Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley*”.

⁵⁵⁵ ORTÍZ-URQUIDI, Raúl, “*Derecho Civil*”, 3ª edición, Porrúa, 1986, México. p. 297.

45. En la mediación pueden intervenir todas las personas involucradas en una controversia. Realmente no importa que alguna carezcan de capacidad de obrar (siempre y cuando su participación tenga sentido, v. gr. una persona con enajenación mental poco o nada podría aportar en el procedimiento). Por ejemplo, un menor de edad podrá ser escuchado por el mediador siempre que esté debidamente acompañado por su representante legal. Lo verdaderamente importante es que los acuerdos de mediación sigan la misma suerte de cualquier contrato y solamente podrán ser suscritos por las personas con capacidad plena, es decir aquellas que puedan prestar consentimiento, so pena de nulidad.

1.4.2. Ausencia de vicios del consentimiento

46. El consentimiento es la unión de voluntades en un mismo sentido. Como ya se ha dicho se trata de un elemento de existencia de los contratos. Hay ocasiones en que la manifestación de ese consentimiento adolece plenitud, en otras palabras, se presta con falta de discernimiento, libertad, a base de engaño o con influjo de extrañas influencias; lo que en la teoría se les ha denominado vicios al consentimiento. Este consentimiento aparente no responde a la verdadera voluntad de los contratantes⁵⁵⁶, sin embargo existe, más no produce los efectos normales sino que está afectado de nulidad.

⁵⁵⁶ DE DIEGO, Clemente F., *"Instituciones de Derecho Civil español"*, Tomo II, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959. p. 101.

Tradicionalmente se han reconocido en los Códigos Civiles como vicios que afectan el consentimiento: el dolo, el error, intimidación y la violencia⁵⁵⁷, de las cuales habrá que ocuparse en los siguientes apartados enfocándose en su incidencia en las particularidades del consentimiento en los acuerdos de mediación. Las consecuencias de los vicios del consentimiento recaen directamente en la eficacia de los contratos. Particularmente en el Derecho español y en el mexicano para los casos de vicios del consentimiento se admite la confirmación⁵⁵⁸ del contrato. Esto es posible dado que los Códigos en principio lo sancionan con la nulidad relativa, es decir, aquella que permite a un contrato desplegar sus efectos provisionalmente mientras no recaiga resolución judicial que lo invalide⁵⁵⁹.

1.4.2.1. Error

47. El error es el conocimiento equivoco o inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso o falso lo que es cierto⁵⁶⁰. Durante el acto de manifestación de la voluntad se pueden presentar distintos tipos de error⁵⁶¹. En el presente apartado se abordará puntualmente aquel conocido en la doctrina como error-vicio o error-

⁵⁵⁷ Art. 1265 CCE. El CCFM agrupa la intimidación y la violencia, señala que ésta última consiste en el empleo de la fuerza física o amenazas (art. 1819).

⁵⁵⁸ Lo que en el argot jurídico mexicano se conoce como convalidación del contrato.

⁵⁵⁹ Arts. 1310 CCE y 2226 CCFM.

⁵⁶⁰ ZAMORA Y VALENCIA, *op. cit.* p. 41.

⁵⁶¹ Se habla del error obstáculo, también llamado error motivo, que no permite el nacimiento del contrato por radicar en la naturaleza de éste. Borja apunta como ejemplo que esto pasaría cuando una persona entrega una cosa en calidad de préstamo y el que la recibe piensa que se trata de una donación, en cuyo caso no habría contrato. véase BORJA SORIANO, *op. cit.* p. 121. También el error de indiferente o de cálculo que según el art. 1814 CCFM solo da lugar a su rectificación.

nulidad, pues precisamente es el que genera vicios en el consentimiento. Este tipo de error puede manifestarse de dos diferentes formas: las que estiban en cuestiones de derecho y las que hacen lo propio en cuestiones de hecho.

48. Sobre el error de derecho existe un acalorado debate sobre el que se comentará de manera enunciativa. En principio se señala que esta clase de error, por cierto aceptado expresamente por el art. 1813 del CCFM como causa de nulidad de los contratos, consiste en la alegación de que uno de los contratantes ha manifestado su voluntad solo por no haber tenido conocimiento de una disposición legal⁵⁶², en otras palabras, es aquel que recae sobre los efectos jurídicos que el consentimiento está destinado a producir con arreglo a la Ley⁵⁶³.

Esta modalidad de error fue rechazada durante siglos por los romanos quienes aceptaban la ignorancia de los hechos, pero no del derecho⁵⁶⁴. Posteriormente el tema fue analizado sobre todo por la jurisprudencia francesa. Se centra en la posibilidad de anulación del contrato en base a esta clase de error. La cuestión al ser abordada por la doctrina en contraposición a la máxima "*la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento*"⁵⁶⁵ ha generado opiniones diversas; de una lado los que mantienen la posición romana⁵⁶⁶; de otro, con mayor aceptación, están los que señalan que

⁵⁶² PUIG BRUTAU, *op. cit.* p. 194.

⁵⁶³ URIBE-HOLGUÍN, Ricardo, "*De las obligaciones y del contrato en general*", 2ª edición, Temis, Bogotá, 1982. p. 207.

⁵⁶⁴ CÉLICE, Raymond, "*El error en los contratos*", Ediciones Góngora, Madrid. p. 165-167.

⁵⁶⁵ Principio consagrado en los arts. 6 CCE y 21 CCFM.

⁵⁶⁶ CÉLICE, *op. cit.* pp. 165-167.

realmente no se pretende ignorar la Ley, sino que debido a la ignorancia o mal interpretación de ésta se prestó un consentimiento que de otra forma jamás se hubiera manifestado⁵⁶⁷.

El error de derecho en los acuerdos de mediación debe ser visto en base a las siguientes consideraciones. Como se dijo en el apartado destinado a la causa de los acuerdos de mediación⁵⁶⁸ ésta consiste en la eliminación de la controversia. Sánchez Medal señala que el error de derecho no puede ser invocado en la transacción porque las partes en lo que se refiere a la materia controvertida (*res dubia*) han convenido prescindir de la solución que les daría la Ley para la solución de su derecho⁵⁶⁹, lo cual por extensión debe ser aplicado a los acuerdos de mediación, aunque con sumo cuidado, pues recordemos que una de las funciones del facilitador es orientar a las partes sobre la viabilidad de sus pretensiones.

49. El error de hecho también llamado error estructural plantea menos problemas que el anterior. Es aquel que recae sobre el objeto mediato o material del contrato, es decir, sobre cuestiones de hecho del contrato ya sea de la sustancia (la cosa) o del cocontratante. El error en la sustancia puede referirse a la calidad, es decir las

⁵⁶⁷ Con la misma opinión QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, "*Derecho de las Obligaciones*", 2ª edición, Cadenas Editor, México, 1981; PUIG BRATAU, *op. cit.* p. 194; De la Peza, con un posicionamiento mas moderado señala que el Código autoriza una interpretación contraria a la máxima del art. 21, cuando establece la posibilidad de atacar el contrato por error de derecho en ciertas circunstancias. DE LA PEZA, José Luis, "*De las obligaciones*", 4ª edición, Porrúa, México, 2006. pp. 38-39.

⁵⁶⁸ Véase epígrafe 1.3.3 *supra*.

⁵⁶⁹ SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.* p. 52.

propiedades inherentes de la cosa o la funcionalidad para la que es empleada⁵⁷⁰. Por su parte, el error en cuanto a la persona será causa de nulidad cuando se contrate en atención a las cualidades del sujeto⁵⁷¹. El proceso de mediación permite evitar esta clase de errores, pues en ella se discutirán las prestaciones en conflicto y quedarán plenamente identificados todos los intervinientes, pues de otra manera el acuerdo de mediación puede estar viciado por el error de hecho.

1.4.2.2. Dolo

50. El dolo puede ser identificado como un engaño o artificio que genera el error viciando de esa manera la voluntad. De modo que hablando con propiedad, el dolo es el vehículo para generar el error y este es el que finalmente crea el vicio. Boffi Boggero afirma que el dolo y el error están vinculados, empero, técnicamente bien diferenciados ya que entre otras razones se distinguen en que el primero es el medio y el segundo el fin; aunque reconoce que ambos son vicios que afectan la intención⁵⁷². El dolo también ha sido contrastado con el fraude pero eso es campo de atención del Derecho Penal. Por ahora baste decir que el dolo es el artificio para generar el error o mantenerlo⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, *op. cit.* p. 41.

⁵⁷¹ *Idem.*

⁵⁷² Cfr. BOFFI BOGGERO, Luis María, “*Tratado de las obligaciones*”, Tomo 1, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1988. pp. 460-461.

⁵⁷³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *op. cit.* p. 34.

No todo el dolo es causa de nulidad. Es necesario diferenciar el dolo principal del dolo bueno. El dolo principal es de tal entidad que supone la trasgresión de la norma para situarse en lo ilícito, se trata de aquel que atenta contra la honradez y a lo que no se resiste ningún hombre⁵⁷⁴. El dolo incidental se presenta cuando una de las partes exagerando realza las características y ventajas del trato sin intención de daño, lo cual no sería una causa de nulidad⁵⁷⁵.

Una de las funciones del facilitador es transparentar la situación de trato. Se debe tener especial cuidado ya que al tratarse de maquinaciones encaminadas a lograr una concepción artificial de la realidad, el mediador debe mantenerse atento para detectar la intención última de las partes. Si el mediador encuentra indicios de dolo en cualquiera de las partes, su obligación será dar por terminado el procedimiento de mediación, pues como hemos visto se encuentra atado por el deber de confidencialidad, y excedería su encargo el advertir a cualquiera de las partes sobre la última intención del contrario.

1.4.2.3. Violencia e intimidación

51. La violencia y la intimidación están fuera de contexto en una mediación. Poco importa satisfacer cabalmente los requisitos que imponen los Códigos para que sean

⁵⁷⁴ DE DIEGO, *op. cit.* pp. 103-104.

⁵⁷⁵ ZAMORA Y VALENCIA, *op. cit.* p. 43.

tomadas en consideración como causal de terminación del procedimiento de mediación, v. gr. que la violencia sea irresistible o que la intimidación importe un verdadero temor personal o familiar, tampoco es necesario tener en cuenta la edad y el sexo de las personas. Esto es porque el procedimiento de mediación debe ser colaborativo y su desarrollo estar cimentado en la comunicación. Además su construcción debe ser ascendente, se trata de elaborar acuerdos dentro de un marco de libertad, de modo que la violencia o la intimidación eliminan la posibilidad de lograr ese cometido. En este caso el procedimiento de mediación funciona como válvula de seguridad que evita que la violencia o la intimidación vicien el acuerdo de mediación. El mediador tiene la obligación de darlo por terminado por cualquiera de los siguientes cauces:

-
- **Por disposición expresa de la ley:** es decir cuando la ley obliga al mediador a dar por terminado el procedimiento en casos de violencia o intimidación.
-
- **Por disposición tácita:** cuando la ley otorga facultades al mediador para dar por terminado el procedimiento en los casos en que no se alcance el propósito de la mediación. Está claro que la violencia o la intimidación frustran de tajo la finalidad de la mediación.
-
- **Por inobservancia de las partes:** cuando la ley imponga a las partes la obligación de conducirse con urbanismo y respeto. Los participantes deben comportarse con civilidad y evitar en todo momento cualquier tipo de agresión, ante la infracción a esa obligación el mediador debe dar por terminado el procedimiento.
-

1.4.2.4. Forma

52. Sobre la forma del acuerdo de mediación se remite al lector al epígrafe 3.1 dedicado a la seguridad jurídica como presupuesto del acuerdo de mediación.

2. El acuerdo de mediación como figura contractual autónoma

53. Si bien es cierto que la legislación en materia de mediación ha sido parca al momento de regular aspectos sustantivos del acuerdo de mediación, no menos cierto es que tal circunstancia permite su identificación como una figura contractual autónoma perfectamente diferenciable de otras. Antes se vio que el otorgamiento del consentimiento como elemento de existencia configura al acuerdo de mediación como una figura contractual autónoma dentro de la clasificación que se hace en los denominados *“contratos de solución de diferencias”*.

3. Presupuestos de eficacia

54. A continuación se abordarán los presupuestos que deben confluir en un acuerdo de mediación, para que este pueda ser eficaz y alumbra en la vida jurídica de forma plena y sin limitaciones.

3.1. Seguridad jurídica: consideraciones en torno a la forma del acuerdo de mediación

55. La forma de los contratos ha sido tradicionalmente materia de discusión sobre todo en lo referente a la dicotomía entre el consensualismo y el formalismo. El primer sistema pugna por la libertad de manifestación del consentimiento mediante cualquiera de los medios jurídicos estatuidos. El segundo exige que el consentimiento se exprese por un medio específicamente determinado⁵⁷⁶. Al unísono los sistemas español y mexicano han optado por un sistema mixto, primero reconociendo como válidos los contratos siempre que se presente los elementos esenciales o de existencia⁵⁷⁷, pero después exigiendo el cumplimiento de formas preestablecidas en la Ley para determinados tipos de contrato como requisito de eficacia⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *“Epítome de los contratos”*, McGraw-Hill, México, 1994. p. 28.

⁵⁷⁷ Arts. 1278 CCE y 1832 CCFM.

⁵⁷⁸ Art. 1279 CCE y Arts. 1796 y 1833 CCFM.

56. La forma como elemento de validez sirve para exteriorizar la voluntad⁵⁷⁹. Al respecto Puig Brutau señala que la voluntad contractual sólo tiene eficacia en la medida en que se exterioriza⁵⁸⁰, a eso cabe agregar que la exteriorización debe hacerse apropiadamente, de esa manera el acuerdo será eficaz y, por ende, aportará la anhelada la seguridad jurídica. El tema viene a colación porque la forma es precisamente uno de los elementos que otorga mayor seguridad jurídica a los actos humanos. Mientras que las personas y las circunstancias son efímeras, los instrumentos jurídicos elaborados por escrito constatan fehaciente la voluntad de las partes de cara al futuro.

La forma exigida en muchos tipos de contrato obedece a distintos motivos: ayuda a evitar litigios, concede mayor margen de reflexión a las partes, dota de precisión a las obligaciones las contraídas y brinda seguridad a ciertos bienes de mayor importancia⁵⁸¹. Las leyes de mediación unánimemente exigen el requisito de escritura en los acuerdo de mediación. Esta exigencia cobra sentido desde que las partes vienen de una situación de conflicto y, por ende, necesitan máxima seguridad jurídica traducida en la garantía de que los efectos jurídicos pretendidos serán efectivamente conseguidos.

⁵⁷⁹ SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, *“Contratos civiles, teoría general y análisis en particular de sus diversas clases”*, 2ª edición, Lazcano Garza Editores, México, 2004. p. 55.

⁵⁸⁰ PUIG BRATAU, *op. cit.* p. 194.

⁵⁸¹ SÁNCHEZ MEDAL, *op. cit.* p. 67.

3.2. Cosa juzgada

57. El proceso de codificación de la mediación se mantiene en un estado de constante transformación y ajuste⁵⁸². Paulatinamente se han venido perfeccionando distintos componentes que configuran la mediación como sistema integral de resolución de conflictos. En los últimos años se han generado bases legales sólidas para generar una nueva concepción del acuerdo de mediación. Sin embargo, hasta el momento no se disponían de muchas herramientas útiles para hacer cumplir lo pactado, por lo cual, se ha llegado al extremo de que muchos operadores recomienden constantemente la remediación en aquellos casos donde exista incumplimiento unilateral. La cuestión es inaceptable, esto atenta de lleno contra el principio *pacta sunt servanda* (arts. 1258 CCE y 1796 CCFM), además el cumplimiento de un contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las contratantes (arts. 1256 CCE y 1797 CCFM). Los siguientes apartados estarán dedicados al estudio de la incidencia del instituto de la cosa juzgada en la eficacia de los acuerdos de mediación, no obstante, antes, es necesario hacer algunas consideraciones previas.

58. En la fragua legislativa española está por ser concretada una ley sin precedentes en materia de eficacia de los MASC⁵⁸³. El nuevo Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (PLMACM) contempla que los acuerdos de mediación,

⁵⁸² Sobre el estado legislativo de la mediación y la conciliación en México y España véase capítulo III.

⁵⁸³ El proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles fue publicado el 29 de abril de 2011 en el Diario Oficial de las Cortes Generales.

una vez que cumplan los requisitos necesarios para su formalización⁵⁸⁴, alcanzarán el grado de cosa juzgada. Sin embargo, lo verdaderamente novedoso es que ya no se necesitará la intervención del juez para lograr ese *status*. Es importante determinar el momento en que el acuerdo de mediación adquiere el grado de cosa juzgada. **Se advierte al lector que el estado actual de la Legislación española permite solamente hacer un tratamiento de *lege ferenda* sobre el instituto de la cosa juzgada en materia de mediación, dado que el PLMACM aun no ha entrado en vigor.**

3.2.1. Cosa juzgada formal del acuerdo de mediación

59. La característica fundamental de la cosa juzgada en los acuerdos de mediación radica en la imposibilidad de atacarlo de forma inmediata (aspecto formal) a través de algún recurso legal⁵⁸⁵. El art. 24.4 del PLMACM establece la acción de anulación en contra del acuerdo de mediación, la cual deberá ser interpuesta dentro de los 30 días naturales posteriores a la firma del acuerdo so pena de prescripción⁵⁸⁶. Ahora bien, la Ley equipara el acuerdo de mediación al laudo arbitral al concederles por igual el carácter ejecutivo⁵⁸⁷. Esto indica un estadio de determinación de la cosa juzgada para ambas formas de resolver disputas en igualdad de condiciones. Es ese orden de ideas, los acuerdos de mediación se configuran como cosa juzgada gracias a que así lo

⁵⁸⁴ Véase párrafos 1, 2 y 3 del art. 24.

⁵⁸⁵ La definición de la cosa juzgada se ha hecho en el epígrafe 4 del presente capítulo. Sirve como plataforma para definir y determinar la eficacia de los acuerdos de mediación.

⁵⁸⁶ Esta acción podrá ser invocada solamente por la infracción de los apartados 1, 2 y 3 del art. 24 del PLMACM.

⁵⁸⁷ Véase epígrafe 3.3 *infra* del presente capítulo.

establece el art. 24. 4 del PLMACM. El momento en que logra ese *status* es común al laudo arbitral y al acuerdo de mediación.

60. Antes de la reforma hecha con la ley 11/2011, de 21 de mayo en España, la cosa juzgada material (hablando de laudos arbitrales) se conseguía una vez prescrito el plazo para la interposición de la acción de anulación, o una vez desestimada la demanda. Sin embargo a raíz de la reforma de la LA 60/2003, a través de la ley 11/2011, la cuestión cambio radicalmente. Tras esta reforma se elimina la posibilidad de supeditar la firmeza del laudo a la posibilidad o resultado de la acción de anulación. Así, una vez dictado el laudo es firme y produce efectos de cosa juzgada⁵⁸⁸. Teniendo en cuenta la equiparación actual de los acuerdos de mediación con los laudos arbitrales, ambos correrán la misma suerte pues la respectivas acciones de anulación si bien no están contenidas en el mismo instrumentos legal es posible homologarlas, si bien no es todo su cause procesal, es posible en cuanto a contenido y efectos. Por supuesto, a partir del momento de formalización del acuerdo de medición se convertirá en título ejecutivo de conformidad con la actual redacción del art. 517.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en correlación con el art. 24 del PLMACM. Así, la eficacia traducida en cosa juzgada formal da cabida a que el acuerdo sea inimpugnable e inmutable.

⁵⁸⁸ Véase epígrafe 3.2.1 del capítulo V *infra*.

3.2.2. La cosa juzgada material del acuerdo de mediación

61. El momento en que se actualiza la cosa juzgada material del acuerdo de mediación solo podrá definirse analizando la posibilidad de accionar la revisión de sentencias firmes contemplada en la LEC. Efectivamente el PLMACM permitirá la revisión de los acuerdos de mediación de conformidad al recurso de revisión previsto en la LEC para sentencias firmes⁵⁸⁹. Guasp señala que se trata de un recurso de índole singularísima y, por ello, de carácter excepcional. Es una impugnación cuya eventualidad no impide la firmeza de la sentencia impugnada porque de los que se trata finalmente es de atacar sentencias firmes (inatacables por vía ordinaria y extraordinaria)⁵⁹⁰. Si embargo su existencia en el sistema procesal con el objeto de revisar el acuerdo de mediación no pospone su definitividad como cosa juzgada (material), pues este tipo de acción no permite la revisión del fondo. Por eso, la resolución que se dicte en ese proceso será de carácter rescindente, por lo cual no existe inconveniente para que antes de ser dictada el acuerdo de mediación produzca la cosa juzgada material⁵⁹¹.

62. La cosa juzgada subdividida en el estadio formal y material cobra ciertos matices cuando es aplicada a los acuerdos de mediación. Así, por cosa juzgada formal se entiende la imposibilidad de atacar el acuerdo de mediación de forma inmediata a

⁵⁸⁹ Art. 24.5.

⁵⁹⁰ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *"Derecho Procesal Civil tomo II: procesos especiales y jurisdicción voluntaria"*, 4ª edición, Aranzadi, España, 1998. p. 573.

⁵⁹¹ Ver epígrafe 3.6.2 del capítulo V *infra*.

partir de que este reúnen todos los requisitos de esenciales y validez⁵⁹². La cosa juzgada material se traduce en la imposibilidad de abrir un proceso posterior sobre el mismo tema precisamente por tratarse de materia ya decidida⁵⁹³.

63. El acuerdo de mediación es alcanzado mediante concierto volitivo fuera del proceso jurisdiccional. A partir del momento de la formalización descrita en el art. 24 del PLMACM se alcanza la cosa juzgada formal. Sobre la imposibilidad de modificar el acuerdo de mediación; no puede ser alterado por el juez ya que en la revisión para sentencias firmes no le es propio revisar cuestiones fondo. Así, los acuerdos de mediación actualmente gozan de plena eficacia con las limitantes descritas anteriormente, mismas que no distan de las que, en su caso, pueden afectar a las sentencias judiciales. Es correcto concluir que a fecha de hoy se goza de inigualable salud legislativa en materias de mediación y más que nunca se han dispuesto las herramientas para considerar eficacia plena de los acuerdos de mediación.

3.3. Título ejecutivo

64. Los títulos son aquellos documentos que representan un derecho. Estos serán ejecutivos solo por voluntad de la ley⁵⁹⁴. Escriche define los títulos ejecutivos como

⁵⁹² La validez se actualiza con la formalización de acuerdo de conformidad al art. 24 del PLMACM.

⁵⁹³ GUASP, *op. cit.* pp. 573-574.

*“aquellos que traen aparejada ejecución, en cuya virtud se procede sumariamente al embargo y venta de los bienes del deudor moroso para satisfacer al acreedor sin los dispendios y dilaciones del juicio ordinario”*⁵⁹⁵. Al respecto De La Plaza señala que *“es dado, por la sola virtud del título, alcanzar el fin que la ejecución persigue y dar satisfacción, sin más, a la pretensión del actor ejecutante”*⁵⁹⁶. Esto es gracias a que representan la exigencia de que a los actos de ejecución forzada se proceda sólo si hay un mínimo de certeza de la obligación, para lo cual es necesario acudir al juez⁵⁹⁷.

Esa certeza es precisamente lo que define la función de los títulos ejecutivos, ya que, es de sumo interés, la constancia suficientemente clara de lo jurídico en casos concretos para el inicio de procedimientos de ejecución y su desarrollo⁵⁹⁸, lo que en su caso, se traduce en eficacia pura y dura, con independencia de que a la postre el derecho que se reclama resulte inexistente o no existente ya⁵⁹⁹.

65. Actualmente es posible hablar de los acuerdos de mediación como títulos ejecutivos. El art. 517.2.2º de la LEC ofrece un elenco de los títulos que tienen carácter ejecutivo, catálogo ampliado *de lege ferenda* a través del Proyecto de Ley de

⁵⁹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *“Derecho Procesal Civil: ejecución”*, 2ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, España, 2002. p. 35.

⁵⁹⁵ ESCRICHE, Joaquín, *“Diccionario razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense”*, Imprenta de J. Ferrel de Orga, Valencia, 1838. p. 302.

⁵⁹⁶ DE LA PLAZA, Manuel, *“Derecho Procesal Civil español”*, Vol. II, segunda parte, 3ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955. p. 539.

⁵⁹⁷ MICHELI, Gian Antonio, *“Proceso de ejecución”*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970. p. 8.

⁵⁹⁸ DE LA OLIVA, *et. al, op. cit.* p. 35.

⁵⁹⁹ MICHELI, *op. cit.* p. 8.

Mediación en asuntos civiles y mercantiles recientemente publicado en el Boletín General de las Cortes, el 29 de abril de 2011 (PLMACM)⁶⁰⁰, que contiene disposición modificatoria del artículo en comento⁶⁰¹, el cual quedará con la siguiente redacción: *“Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación”*.

Adicionalmente el art. 26 del PLMACM señala que para que los acuerdos de mediación alcancen el grado de títulos ejecutivos deben ser formalizados de conformidad al art. 24 del mismo Ordenamiento, esto es:

- **Que en el acuerdo de mediación coste:**

- La identidad y el domicilio de las partes;

- El lugar y fecha en que se suscribe;

- Las obligaciones que cada parte asume;

⁶⁰⁰ Reglamento que al mes de Febrero de 2012 todavía no ha sido aprobado.

⁶⁰¹ Disposición Final Cuarta, inciso 12 del Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

○ Que se ha seguido un procedimiento de acuerdo ajustado a las provisiones del PLMACM;

○ Indicación del mediador o mediadores que hayan intervenido y, en su caso, la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

● Que el acuerdo de mediación sea firmado por las partes o sus representantes;

● Que sea presentado al mediador en un plazo máximo de 10 días desde el acta final para su firma.

● Que sea entregado un ejemplar del acuerdo de mediación a cada una de las partes, y otro más sea reservado por el mediador para su conservación.

Cuadro 4.

66. González Rivas clasifica los títulos ejecutivos en tres tipos⁶⁰²:

<ul style="list-style-type: none">• Judiciales: consistentes en las sentencias de condena firmes;• Parajudiciales: consistentes en los laudos arbitrales y;• De origen contractual divididos en:
<ul style="list-style-type: none">○ Los que dan lugar directamente a la ejecución cuando no media oposición del deudor o mediante una previa cognición sumaria y;
<ul style="list-style-type: none">○ Los que abren directamente la vía ejecutiva como las escrituras de hipoteca.
Cuadro 5.

67. En la formalización de los acuerdos de mediación interviene un tercero que ni es juez, ni tampoco árbitro. Así, tomado en cuenta el origen contractual de los acuerdos, a primera vista, se antoja viable otorgarles tratamiento de títulos ejecutivos

⁶⁰² GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *"Derecho Procesal Civil"*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999. pp. 184-185.

contractuales, empero, esa posibilidad es eliminada por el mismo PLMACM. El legislador al ubicar deliberadamente al acuerdo de mediación junto a los laudos arbitrales en el catálogo de los títulos ejecutivos⁶⁰³ evita que les sea aplicada la disposición del art. 520 LEC, la cual dispone que los títulos ejecutivos que no sean ni judiciales ni arbitrales deben contener una obligación determinada y líquida, lo cual revela que el espíritu de la Ley es equiparar al acuerdo de mediación con los laudos arbitrales o, si se quiere, considerarlos *cuasi* laudos. Además el PLMACM contiene otras disposiciones modificatorias de la LEC que hacen patente y refuerzan la equiparación antes descrita⁶⁰⁴:

- **Disposición final cuarta, modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:**

- Se concede el término de 5 años para que opere la caducidad de la acción de ejecutiva del art. 518 LEC⁶⁰⁵;

- Se agrega un nuevo párrafo al art. 539 donde se dispone que para la ejecución de un acuerdo derivado de una mediación o un laudo arbitral se requerirá la

⁶⁰³ Art. 517.2.2º LEC.

⁶⁰⁴ Véase Disposición final cuarta del PLMACM.

⁶⁰⁵ Disposición final cuarta, inciso 13 del PLMACM.

intervención de un abogado y procurador, siempre que la cantidad por la cual se despache la ejecución sobrepase los 2000 euros⁶⁰⁶;

- El apartado 2 del art. 545 concede competencia al mismo tribunal para autorizar o denegar la ejecución de los acuerdos de mediación y los laudos arbitrales⁶⁰⁷;

- La modificación al art 548 consiste en que no se despachará ejecución de resoluciones procesales, arbitrales o acuerdos de mediación, hasta pasados 20 días en que la resolución en condena o la firma del acuerdo de mediación haya sido notificado al ejecutado⁶⁰⁸;

- El art. 556 concede la posibilidad de oponerse una vez que hayan transcurrido diez días desde la notificación del auto por el cual se despacha la ejecución de la resolución procesal, arbitral o acuerdo de mediación, alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado⁶⁰⁹;

- Los numerales del 3º y 4º del apartado 1 del art. 559 homologa las causales de nulidad radical del despacho de la ejecución de los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación⁶¹⁰;

⁶⁰⁶ Disposición final cuarta, inciso 14 del PLMACM.

⁶⁰⁷ Disposición final cuarta, inciso 15 del PLMACM.

⁶⁰⁸ Disposición final cuarta, inciso 16 del PLMACM.

⁶⁰⁹ Disposición final cuarta, inciso 19 del PLMACM.

⁶¹⁰ Disposición final cuarta, inciso 20 del PLMACM.

- Se modifica el apartado 3 del art. 576 referente a la mora procesal, dispone el devengo del interés también respecto de laudos arbitrales y acuerdos de mediación⁶¹¹;

- El art. 580, referente a los casos en que no procede el requerimiento de pago, contempla los acuerdos de mediación y conciliación, a la par que resoluciones judiciales y arbitrales⁶¹².

Cuadro 6.

68. A través de las modificaciones planteadas a la LEC en correlación con el PLMACM se equipara el tratamiento de los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación en lo referente a la ejecutabilidad. La cuestión es de gran trascendencia pues redefine la eficacia del acuerdo de mediación y los sitúa en un plano sin precedentes.

⁶¹¹ Disposición final cuarta, inciso 21 del PLMACM.

⁶¹² Disposición final cuarta, inciso 22 del PLMACM.

4. Eficacia del acuerdo de mediación

69. Un contrato eficaz, en principio, es aquel que logra desplegar en plenitud sus efectos a un plano material⁶¹³, lo que lo hace susceptible de cumplimiento⁶¹⁴. La eficacia material de los acuerdos de mediación dependerá directamente de la autoridad que les conceda la Ley. Couture define la cosa juzgada como *“la autoridad y la eficacia de una sentencia judicial cuando no existen en contra de ella medios de impugnación que permiten modificarla”*⁶¹⁵. Por su parte, Guasp apunta que eficacia es una expresión de vigencia indefinida de los resultados procesales una vez logrados, lo cual se explica a través de la cosa juzgada⁶¹⁶. La cosa juzgada en sentido amplio puede ser definida como *“la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales, la cual se traduce en un necesario respecto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso”*⁶¹⁷. Es propio ubicar la teoría de la cosa juzgada dentro de la institución del Derecho Procesal, finalmente es un concepto que subyace de la necesidad de materializar el producto del juzgamiento hecho a través de un proceso judicial: la sentencia.

⁶¹³ Sobre los aspectos formales y materiales de la eficacia véase el epígrafe 3.6 del capítulo V *infra*. Los principios ahí descritos son aplicables al acuerdo de mediación dada la equiparación actual con los laudos arbitrales.

⁶¹⁴ En el epígrafe 3.5 del capítulo V *infra* se hace un estudio sobre las diferencias entre la eficacia formal y la eficacia materia, por lo que se remite al lector a ese apartado.

⁶¹⁵ COUTURE, Eduardo J., *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1958. p. 401. Al respecto en el epígrafe 3.5 del capítulo V. *Infra* se señala que la eficacia tendrá dos vertientes: por un lado, el aspecto formal que se configura como una manifestación procesal que da cabida posterior a la eficacia material, la cual se traduce en la ejecución del convenio de mediación. Esta dicotomía en la eficacia es aplicable al acuerdo de mediación precisamente por el trato igualitario o equiparación que actualmente les concede la Ley.

⁶¹⁶ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *“Derecho Procesal Civil tomo I: introducción y parte General”*, 7ª edición, Aranzadi, España, 2004. p. 573.

⁶¹⁷ *Idem*.

70. Transpolar el concepto a los acuerdos de mediación resulta un tanto más problemático. Antes quedó aclarada la naturaleza contractual de los acuerdos de mediación. Estos por voluntad de la Ley alcanzan el rango de la cosa juzgada⁶¹⁸. Después de todo, como afirma Chiovenda *“Jurídicamente, la cosa juzgada no se refiere a la afirmación de la verdad de los hechos, sino a la existencia de la voluntad de la Ley en el caso concreto”*⁶¹⁹. Por extensión (alejándonos de la labor de juzgar más no del resultado a través de un proceso estructurado de negociación y consenso) se concede el mismo efecto (verdad formal) al pacto de dos partes en conflicto sancionado por la Ley como verdad⁶²⁰, aun a pesar de que la cuestión no haya constituido objeto de juicio lógico por el órgano jurisdiccional⁶²¹. El acuerdo de mediación viene a sustituir la sentencia judicial desde el momento en que se constituye como medio de control del conflicto y arreglo de diferencias.

⁶¹⁸ Art. 24.4 PLMACM.

⁶¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, *“Curso de Derecho Procesal Civil”*, Harla, México, 1997. p. 169

⁶²⁰ Al respecto, el art. 354 del Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano señala *“La cosa juzgada, es la verdad legal”*.

⁶²¹ Rocco define la cosa juzgada precisamente como la cuestión que ha constituido objeto de un juicio lógico por parte de los órganos jurisdiccionales. ROCCO, Ugo, *“Tratado de Derecho Procesal Civil II parte general”*, Temis Depalma, Buenos Aires, 1970. p. 313.

CAPÍTULO V

EL LAUDO ARBITRAL Y SUS PRESUPUESTOS DE EFICACIA

1. Plano básico entre eficacia y la posibilidad de anulación de los laudos arbitrales

1. El punto central en el presente tema parte de la posibilidad de que un laudo arbitral pueda desplegar los efectos para los cuales fue concebido. La función principal de los laudos es aportar una respuesta definitiva a un conflicto planteado ante un tercero. Ahora bien, lo importante es que esa decisión sea susceptible de cumplimiento. Eso efectos per se normales teóricamente deben verificarse de forma espontanea en obediencia al principio de la supremacía de la voluntad de las partes y el *pacta sunt servanda*. En contraposición existe un contrapeso bifronte consistente la posibilidad de control judicial del laudo por un lado y, de otro, en la disponibilidad (o de la indisponibilidad) de la parte condenada al cumplimiento, aunado a la existencia de mecanismos que procuren la ejecución forzosa del laudo arbitral.

2. Siguiendo la tónica utilizada en el capítulo referente al acuerdo de mediación⁶²² se ha de partir del momento en que el laudo existe. En la presente investigación interesa la fase en que el laudo ya es susceptible de cumplimiento, esto es, cuando el laudo es eficaz por lo menos de forma primaria. A la par, se abordará la verificación de los efectos procesales esperados que trazan el camino para una la resolución efectiva de la controversia en un plano que trascienda lo abstracto, aterrice en la realidad y deje atrás todo atisbo de virtualidad en el juzgamiento. Además en lo que corresponde

⁶²² Capítulo IV *supra*.

a intervención judicial vale la pena hacer referencia a la fase de intervención postarbitral donde el juez realiza el control judicial del laudo⁶²³. Toda posibilidad jurídica que surja y se enfrente al cause natural de eficacia-cumplimiento debe ser considerada como extraordinaria.

Todo intento procesal relativo a un arbitramento posterior a la emisión del laudo, sea cual sea su motivación, no puede ser considerado una etapa normal del arbitraje. El Arbitraje está diseñado para dar una respuesta única, definitiva⁶²⁴ y dotada de eficiencia en términos económicos y temporales para la resolución de un conflicto. Cosa muy distinta constituyen las incidencias y sus remedios suscitados sobre el arbitramento, ya sea por razones inherentes a éste o por cuestiones suscitadas extra-proceso, las cuales en su momento pueden incidir sobre la eficacia plena de un laudo arbitral.

2. Naturaleza jurídica del laudo

4. Al pretender hacer un estudio sobre la eficacia de los laudos arbitrales es necesario definir previamente su naturaleza jurídica. Se requiere allanar el camino

⁶²³ CUARTERO RUBIO, M^a Victoria, *“El recurso de anulación contra al laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional”*, Eurolex, Madrid, 1997. p. 20.

⁶²⁴ Redfern señala que todos los laudos son finales en cuanto a que determinan de manera final los asuntos sobre los que se pronuncian y son obligatorios para las partes. REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *“Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional”*, 4^a edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006. p. 496.

antes de entrar de lleno al análisis de los presupuesto de eficacia que debe cumplir un laudo arbitral, con miras a obtener una visión general de la ponderación que hace el Derecho sobre estos instrumentos jurídicos. En otras palabras, para visualizar en todas sus dimensiones el alcance de los laudos arbitrales y el como éstos despliegan sus efectos jurídicos, hace necesario describir aunque sea brevemente su contenido.

Antes de dijo que el arbitraje constituye un equivalente jurisdiccional⁶²⁵. Así, los árbitros llevan a cabo una función en principio reservada al Estado cumpliendo una función real de juzgamiento e impartición de justicia sustentada en la autonomía de la voluntad de las partes. De esa forma el árbitro de forma ocasional sule al juez Estatal, y por ende el laudo viene a suplir a la sentencia judicial, con idéntica validez concedida por la Ley, empero siempre susceptible de control judicial. En virtud de esa naturaleza la eficacia del laudo se presupone⁶²⁶. Sin embargo para llegar a ese punto el laudo debe cubrir ciertos requisitos en forma de presupuestos, los cuales han de abordarse en los siguientes apartados.

⁶²⁵ Véase epígrafe 4.1 del capítulo I *supra*.

⁶²⁶ GORJÓN GÓMEZ, Francisco, "Arbitraje comercial y ejecución de laudos", Mc.Graw-Hill, México, 2001. p. 186.

3. Presupuestos de eficacia del laudo arbitral

5. Antes de entrar de lleno al presente capítulo es conveniente señalar que al igual que en el capítulo IV de la presente investigación dedicado a los acuerdos de mediación, se optó por la asunción de un enfoque principalmente orientado derecho mercantil⁶²⁷. Es menester seguir en el mismo camino, aunque no se descarta la necesidad de entrar en supuestos genéricos tomando en cuenta que la LA 60/2003 aplica a todos los arbitrajes que no cuenten con regulación propia, aun así, se debe procurar dirigir la atención principalmente a la eficacia de los laudos arbitrales en materia comercial.

3.1. Congruencia del laudo arbitral

6. La congruencia del laudo arbitral deriva del principio de libre disposición en concordancia con los derechos subjetivos que las partes, en su caso, puedan someter y sometan al tribunal arbitral. De modo que un laudo congruente es determinado en la medida de las cuestiones que las partes han sometido al juicio de árbitros. En otras palabras, cuando la decisión arbitral no respete los límites de lo sometido por las

⁶²⁷ Véase epígrafe 1 del capítulo IV *supra*.

partes se incurrirá en incongruencia⁶²⁸. Así, el tribunal arbitral debe dictar el laudo en base a tres cosas:

1.- Lo que le está permitido a las partes pedirle⁶²⁹;

2.- Lo que le es efectivamente pedido y;

3.- A las pruebas o fundamentos fácticos que se aporten al tribunal.

Cuadro 1.

7. La incongruencia de un laudo ha sido alegada judicialmente como motivo de denegación al reconocimiento o anulación de un laudo⁶³⁰. Tan es así que los Tribunales mexicanos recientemente han resuelto que lo que realmente se sanciona al tomar en cuenta la falta de congruencia de un laudo arbitral como causa de nulidad, es la falta de legitimación del tribunal arbitral para resolver sobre una cuestión que las partes no desearon someter al tribunal, por lo cual carece de aptitud necesaria para emitir un acto jurídico vinculatorio para las partes de manera válida⁶³¹. Ahora bien, lo relevante

⁶²⁸ BARONA VILAR, Silvia, "Art. 41. Motivos", en BARONA VILAR, Silvia (coord.), "Comentarios a la Ley de Arbitrale (Ley 60/2003, de 23 de diciembre).", Aranzadi, Madrid, 2004. pp. 1393-1394.

⁶²⁹ Se hace referencia a la arbitrabilidad de la materia.

⁶³⁰ Es una de las causales enumeradas en el Art. 41.1.C) de la LA 60/2003, así como en el art. 1457.1.C del C.Com.

⁶³¹ Véase tesis aislada localizable bajo la voz jurisprudencial: NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL POR INCONGRUENCIA AL EXCEDER LA MATERIA DE LA CONTROVERSIA (FRACCIÓN I, INCISO C), DEL ARTÍCULO 1457 DEL CÓDIGO DE COMERCIO). Registro No. 162071 Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Mayo de 2011, Página: 1229, Tesis: I.3o.C.945 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil. Véase *addenda infra, addendum 1.*

desde la perspectiva de la presente investigación es la incidencia de la congruencia sobre el laudo como presupuesto de eficacia.

8. Son diversos los supuestos en lo que puede verse afectada la coherencia del laudo para posteriormente transformarse en una causa de posible anulación. Se pueden enumerar las siguientes⁶³²:

- 1. El laudo que caiga sobre materias indisponibles: las hayan pedido las partes o no⁶³³.**
- 2. El laudo que se pronuncie sobre cuestiones no sometidas a su decisión⁶³⁴:**
 - **Cuando se ha resuelto mas allá de lo pedido**
 - **Cuando se ha resuelto sobre cosa distinta a lo pedido**
- 3. Cuando el pronunciamiento verse sobre puntos sometidos a la decisión de los árbitros pero no todos ellos.**

⁶³² Los primeros 3 tópicos son propuestos por REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *“El arbitraje. El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988”*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991. pp. 257-258.

⁶³³ Art. 41.1.e).

⁶³⁴ Art. 41.1.c).

4. Cuando existe contradicción entre las soluciones aportadas por el laudo.
5. Contravención al orden publico⁶³⁵.

Cuadro 2.

9. La Convención de Nueva York de 1958 en el art. V.1.C señala como causal de denegación al reconocimiento *“que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria...”*. Por su parte, el Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 28 de abril de 1961 (CG61), señala en el art. IX.C que *“1. La anulación en uno de los Estados contratantes de un laudo arbitral amparado por el presente Convenio constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro Estado contratante, sólo en el caso de que tal anulación se hubiere llevado a efecto en aquel Estado en el cual o conforme a cuya ley fue pronunciado el fallo y ello por alguna de la siguientes razones...”*, *“...C. El laudo se refiere a una controversia no prevista en el compromiso arbitral o no incluida dentro de lo establecido en la cláusula compromisoria: o contiene decisiones sobre materias que sobrepasen los términos del compromiso arbitral de la cláusula compromisoria...”*.

⁶³⁵ Art. 41.1.f.

Cordón Moreno señala la CG61 contempla la incongruencia de la sentencia arbitral como motivo de anulación en uno de los Estados contratantes con “*eficacia impeditiva de su reconocimiento y ejecución en el otro*”⁶³⁶. Así, bajo la CNY58 estamos ante una causal de nulidad que, en principio, no se interpone necesariamente con la eficacia jurídica del laudo, toda vez que como ha señalado Cantaurias Salaverry, es posible solicitar su reconocimiento en otro Estado cuando ésta se encuentra al amparo de la CNY58 y no se ha declarado la anulación en el Estado de origen⁶³⁷, situación en la que *prima facie* no se vería afectada la eficacia del laudo.

Cuestión distinta acontece con la CG61 cuando se refiere a la anulación previa del laudo como prerequisite para la denegación al reconocimiento. Con lo que si se declarase procedente la anulación se eliminaría de tajo la posibilidad de ver desplegados los efectos para los cuales fue dictado un laudo. Dicho de otro modo; la eficacia de vería frustrada en ese supuesto. En resumen: Si un laudo es anulado judicialmente se esta ante la imposibilidad de verificar eficacia jurídica por eliminarse por completo toda posibilidad de que la sentencia arbitral despliegue efecto alguno. Si por el contrario se presenta una denegación al reconocimiento, el efecto que se produce se traduce solamente en que un Estado determinado se ha manifestado en contra de regularizar un laudo privado y, por ende, mediante una especie de elipsis se presupone la denegación de su ejecución, pero la eficacia queda en suspenso porque

⁶³⁶ CORDÓN MORENO, Faustino, “*El arbitraje de Derecho Privado: estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje*”, Aranzadi, Navarra, 2005. p. 239.

⁶³⁷ Véase nota al pie 727 *infra*.

nada indica que no se pueda ejecutar en Estado diverso, o en el mismo si existe la posibilidad de enderezar las causas que dieron lugar al rechazo del reconocimiento.

10. Lo anterior remite al parte aguas tradicionalmente planteado sobre la incongruencia, empero, en este caso, enfocado en un aspecto que realmente incide en la eficacia de un laudo. Así, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia se ha dividido la incongruencia en dos supuestos: por un lado, aquella que se da por defecto y, de otro, la que implica un exceso en la decisión. El caso de la incongruencia por defecto, también denominada incongruencia por omisión, es aquella situación donde los árbitros conocen de cuestiones sometidas a su jurisdicción pero no se pronuncia sobre todas ellas, es decir, cuando el laudo no es exhaustivo. Esto no ha sido considerado causa de anulación o de falta de reconocimiento porque no significa una modificación de la *causa petendi*⁶³⁸ y, por ende, no se puede considerar como una incidencia sobre la eficacia del laudos. Además la anulación tiene por objeto únicamente corregir el exceso de poder de los árbitros, de ahí que la incongruencia por omisión no deba ser considerada como motivo de anulación⁶³⁹.

Esto cobra lógica gracias a que la Ley prevé la posibilidad ejecutar una laudo parcialmente. Es decir, cuando sólo es anulado en parte y sea posible separar los

⁶³⁸ Cfr. Barona Vilar, *op. cit.* p. 1394.

⁶³⁹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “De la anulación y de la revisión del laudo (arts. 40-43)”, en DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago, “Comentario a la Ley de Arbitraje”. Marcial Pons, Madrid, 2006. p. 529.

pronunciamientos nulificados de los demás⁶⁴⁰. De esa forma, nada indica que no sea posible aplicar el mismo principio cuando se esté ante un laudo carente de exhaustividad (*infra petita*). Esto da como resultado que pueda ser eficaz y a la postre ser reconocido y ejecutado. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que también la Ley prevé la posibilidad de solicitar al tribunal arbitral la complementación del laudo, así lo disponen las legislaciones española⁶⁴¹ y mexicana⁶⁴² cuando existan omisiones en el laudo definitivo sobre cuestiones sometidas a su jurisdicción.

11. La incongruencia del laudo por exceso se manifiesta cuando al tribunal arbitral no le es permitido pronunciarse sobre determinadas cuestiones y aun así lo hace. Al respecto, Reglero Campos señala que los árbitros tienen como limitante las cuestiones que las partes someten a su juicio, por eso la resolución no debe versar sobre temas no sometidos, ni más allá de estos, lo cual es una de las características principales del arbitraje⁶⁴³. Se debe recordar que la función del laudo es zanjar una controversia suscitada entre dos o más partes, de modo que éste será eficaz siempre que logre su cometido en un plano material, ya sea con la intervención de la autoridad judicial o sin ella (cumplimiento espontáneo).

⁶⁴⁰ Art. 41.3 de la LA 60/2003 y el art. 1457.1.C. del C.Com. Al respecto el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha resuelto que es posible la anulación parcial del laudo arbitral cuando las cuestiones anulables puedan ser separadas del resto. Al respecto, la tesis aislada localizable bajo la voz NULIDAD PARCIAL DEL LAUDO ARBITRAL. LA PARTE APELADA TIENE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LA SENTENCIA QUE DESESTIMA OTROS SUPUESTOS INVOCADOS POR LA ENJUICIANTE. Registro No. 162066, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Mayo de 2011, página: 1233, tesis: I.3o.C.956 C, tesis Aislada, materia(s): civil. Véase *addenda infra, addendum 2*.

⁶⁴¹ Art. 39.1.C de la LA 60/2003.

⁶⁴² art. 1451 del C.Com.

⁶⁴³ REGLERO CAMPOS, *op. cit.* p. 257; en sentido similar LETE ACHIRICA, Javier. "Artículo 40. Acción de anulación del laudo", en GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Dir.) y MATEO SANZ, Jacobo B. (coord.), "Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje", Lex Nova, Valladolid, 2004. pp. 658-659.

Virgos Soriano señala que el árbitro excede sus potestades cuando el objeto de la decisión no está comprendido en la sumisión al arbitraje (*extra petita*), y cuando el laudo contiene decisiones que van más allá de lo pedido por las partes (*ultra petita*)⁶⁴⁴. Cuando un laudo o parte de él es anulado o se ha denegado su reconocimiento por una cuestión de exceso en la resolución, realmente se anulan cuestiones que en principio no fueron sometidas y que no figuran como *causa petendi*, y por tal es propio decir esto aniquila cualquier posibilidad de eficacia del laudo o, por lo menos, de la parte que es anulada, aunque desde un principio la misión del tribunal no es pronunciarse a ese extremo o sobre tales circunstancias.

3.2. Motivación del laudo

3.2.1. Precisiones entre los conceptos de motivación y fundamentación

12. Al tratarse de un estudio integral sobre la eficacia de los acuerdos alcanzados a través de los de métodos alternos resulta sano hacer precisiones en torno a lo que se debe entender por "*motivación del laudo*". Es necesario acudir a los principios fundamentales de seguridad jurídica, finalmente de ahí se deriva el concepto. El art.

⁶⁴⁴ VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., "*Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*", 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2007. p. 775.

120.III de la Constitución Española señala que *“Las sentencias serán siempre motivadas...”*. Por su parte, la Constitución Mexicana establece en el art 16 segundo párrafo *“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesione, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”*. Esto se traduce según la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la obligación de expresar las razones de derecho y los motivos de hecho considerados para su dictado⁶⁴⁵.

Al respecto, Gorjón Gómez, al igual que la SCJN, señala que por fundamentación se entiende la citación de los preceptos legales y la motivación se refiere a los elementos fácticos, empero, estos conceptos han sido aglomerados por la doctrina arbitral y el Derecho comparado bajo la alocución *“motivación”*, con lo que se ha logrado una casación terminológica. Aclara que desde la perspectiva española y mexicana, respecto a los laudos dictados conforme a derecho, la motivación se refiere a la citación de preceptos legales, lo que en derecho se conoce como fundamentación y, la motivación utilizada para las sentencias judiciales será para el caso de laudos arbitrales una simple justificación, eso sí, ineludible⁶⁴⁶. Cuestión distinta al tratarse de un laudo dictado en equidad cuando las partes han decidido que debe estar motivado, en cuyo caso, la

⁶⁴⁵ Criterio sostenido mediante la jurisprudencia por contradicción localizable bajo la voz FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LAS CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE. Registro No. 176546, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Diciembre de 2005, Página: 162, Tesis: 1a./J. 139/2005, Jurisprudencia, Materia(s): Común. Véase *addenda infra, addendum 3*.

⁶⁴⁶ GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, *“Arbitraje comercial y ejecución de laudos”*, McGraw-Hill, México, 2001. p. 210-213.

motivación consistirá en una justificación que no implica la necesidad de citar preceptos legales⁶⁴⁷.

3.2.2. Motivación de la sentencia arbitral al amparo de las Legislaciones Española y Mexicana

13. Las sentencias arbitrales dictadas en equidad son ostensiblemente más laxas en la rigidez de su elaboración respecto de las dictadas en estricto derecho y, por lo menos, en el caso mexicano, la SCJN ha determinado que si bien los árbitros pueden resolver en equidad solamente cuando las partes así lo autoricen, en los laudos dictados ex aequo et bono será innecesaria la motivación y la fundamentación, pues el arbitro al fallar en conciencia no se requiere que la argumentación, los motivos y fundamentos consten por escrito sino que pueden ser obviados y pasar de inmediato a la decisión⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ *Idem.*

⁶⁴⁸ Al respecto la tesis aislada localizable bajo la voz ARBITRAJE COMERCIAL. ACUERDO O COMPROMISO ARBITRAL Y CARACTERISTICAS DEL LAUDO PRONUNCIADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL CUANDO SE EXPRESAMENTE FACULTADO PARA DECIDIR COMO "AMIGABLE COMPONEDOR" Y/O "EN CONCIENCIA" (INTERPRETACION DE LOS ARTÍCULOS 1416, FRACCIÓN I, 1423, 1435, 1436, 1437, 1445 Y 1448 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. Registro No. 166511, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, Página: 426, Tesis: 1a. CLXXI/2009, Tesis Aislada, Materia(s): Civil, Constitucional. Véase *addenda infra, addendum 4*.

El art. 1448 segundo párrafo incentiva la libre disposición de las partes respecto de la motivación⁶⁴⁹. Lo cual viene a establecer un régimen legal uniforme que obliga a la motivación del laudo cuando las partes han sido omisas en pronunciarse al respecto cuando se trata de laudos dictados en estricto derecho. Así, la motivación viene a configurarse como prerrequisito para la eficacia del laudo, pues si bien la norma que lo estipula tiene carácter dispositivo⁶⁵⁰, su vulneración, en ausencia de pacto al respecto, se traduciría en el quebrantamiento del orden procesal mínimo establecido en la norma arbitral.

El carácter dispositivo de la norma arbitral mexicana respecto de la motivación del laudo ha sido reforzado por la jurisprudencia. Así, la SCJN, mediante una tesis aislada, ha sostenido que la motivación⁶⁵¹ como garantía jurisdiccional solo es exigible a las autoridades que ejercen función jurisdiccional, pero no a los arbitrajes privados, donde el fundamento de la resolución es la representación trasladada al arbitro y la confianza depositada en él tribunal arbitral, donde esté actúa como un representante y sustituto de la voluntad de los litigantes, y dado que, la fundamentación y la motivación son aspectos exigibles solo a las autoridades, no puede ser exigido a los particulares, por lo cual, la ausencia de motivación de un laudo es una cuestión que dependerá del caso y

⁶⁴⁹ Art. 1448: "...el laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa...".

⁶⁵⁰ Como se verá líneas abajo la misma ley y la jurisprudencia otorgan, por lo menos, en el caso mexicano, carácter dispositivo a dicha norma.

⁶⁵¹ La SCJN hace mención de la fundamentación y la motivación. Al respecto véase epígrafe 3.2.1 *supra*.

de los acuerdos entre las partes, por lo cual, en principio, existe la obligación de motivar un laudo a menos que se actualice alguna cuestión de excepción⁶⁵².

Lo anterior permite ubicar perfectamente el art. 1448 en un plano dispositivo. De ese modo la motivación del laudo puede ser dispensada a través de un pacto entre las partes⁶⁵³. No obstante, la misma SCJN reconoce que la Ley establece una presunción consistente en que las partes prefieren un laudo motivado⁶⁵⁴. Este régimen presupuesto permite concluir que, en el caso mexicano, la no motivación en ausencia de pacto al respecto incidirá de forma adversa en la eficacia de laudo, lo cual debe ser analizado caso por caso.

14. En el plano español se avista un escenario distinto a partir de las reformas a la legislación arbitral de 2011. Anteriormente existía en España un panorama similar al mexicano donde, salvo pacto en contrario, el laudo debía estar motivado con independencia de que se tratara de un arbitraje en derecho o en equidad⁶⁵⁵. A través de la reforma legislativa hecha a través de la Ley 11/2010, de 20 de mayo El legislador

⁶⁵² Criterio sostenido mediante tesis aislada localizable bajo la voz ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 AL 1463 NO VIOLAN LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. Registro No. 166509. Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, Página: 428, Tesis: 1a. CLXXIV/2009, Tesis Aislada Materia(s): Civil, Constitucional. Véase *addenda infra, addendum 5*.

⁶⁵³ La SCJN ha resuelto que “*salvo pacto expreso en contrario, el laudo se dictará por escrito, motivado y formado...*”. Al respecto la tesis aislada localizable bajo la voz ARBITRAJE COMERCIAL. REGULACIÓN DEL DICTADO DEL LAUDO A CARGO DEL TRIBUNAL ARBITRAL (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1445, 1448 Y 1450 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. Registro No. 166507. Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009. Página: 431. Tesis: 1a. CLXXII/2009. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. Véase *addenda infra, addendum 6*.

⁶⁵⁴ *Idem*.

⁶⁵⁵ FORTÚN COSTEA, Alberto. “Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo”, en HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coord.). “Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre”, 2ª edición, Grupo Difusión, Madrid, 2008. p. 212.

español ha introducido en la Ley española de arbitraje un nuevo principio respecto de la motivación. Así, la nueva redacción del art. 37.4 queda de la siguiente manera: *“El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior”*.

Ahora bien, la medida legislativa en comento aparentemente restringe el principio de autonomía de las partes, pues aunque que no se pueda hablar de una conversión de lo dispositivo a lo imperativo, se acentúa el carácter preceptivo de la norma sobre todo en lo referente a la conducta que deben asumir los tribunales arbitrales. La cuestión debe ser tomada con moderación, pues finalmente la esencia de la institución arbitral fundada en la autonomía de la voluntad debe bastar para que las partes de común acuerdo puedan optar, si así les conviene, por la no motivación del laudo. La cuestión se ve reforzada por el hecho de que la ley no prohíbe un pacto en ese sentido y, en derecho es bien sabido que lo no prohibido está permitido. En otras palabras, la Ley preceptúa la emisión de laudos motivados, empero no prohíbe a los particulares alcanzar un acuerdo que excluya dicha norma, y por ende, en el supuesto, no se incurriría en situación alguna que pusiera en riesgo la eficacia del laudo.

15. Esta tendencia pro motivación aparece en el mundo del arbitraje quizá como un efecto de reflejo acaecido sobre el sistema jurídico español a partir de la praxis en una

parte del arbitraje internacional⁶⁵⁶. El Reglamento de Arbitraje de la CCI señala en el art. 31.2 “*El laudo deberá ser motivado*”⁶⁵⁷. Al respecto, Derains y Schwartz señalan que esa disposición fue agregada al Reglamento con el fin de concordar con la práctica internacional del arbitraje, a lo que puede sumarse que la Corte de Arbitraje sistemáticamente requería que los laudos estuvieran motivados, con la excepción de aquellos casos en que las partes acordaban la no motivación del laudo y era permitido por la ley del lugar donde se celebraba el arbitraje⁶⁵⁸. Lo anterior sin olvidar que, por ejemplo, en los sistemas anglo-americanos raramente se ven laudos motivados ya que las cortes normalmente no lo exigen⁶⁵⁹.

16. Ahora bien, la jurisprudencia española ha señalado que la ausencia de motivación es un requisito esencial para lograr la validez y eficacia de un laudo arbitral. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 356/2004, de 25 de mayo, se ha resuelto que tratándose de un arbitraje de derecho, la ausencia de motivación hubiera sido una causa de nulidad del laudo, eso si, aclarando que la motivación no debe ser exhaustiva, pero si estar apegada al pedimento de las partes en el

⁶⁵⁶ Se hace referencia al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París. Otros reglamentos de arbitraje contienen disposiciones en ese mismo sentido, pero todos al unísono señalan expresamente que la motivación será obligatoria salvo pacto en contrario, al respecto *Cfr.* Art. 27.2 del Reglamento de Arbitraje de la AAA, art. 26.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, art. 32.3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y art. 31.2 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

⁶⁵⁷ Corresponde a la versión del Reglamento vigente a partir del 1 de enero de 2012. Sin embargo, ésta disposición era no varía de la versión de 1998.

⁶⁵⁸ DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., “*A Guide to the ICC Rules of Arbitration*”, 2ª edición, Kluwer Law International, Netherlands, 2005. pp. 309-310.

⁶⁵⁹ CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, “*International Chamber of Commerce Arbitration*”, 2ª edición, Oceana Publications, París, 1990. pp. 326-327.

arbitraje⁶⁶⁰. Este criterio viene a ser reforzado de manera inversa, pues la Ley de Arbitraje al establecer un régimen de motivación obligatorio trastoca el orden procesal mínimo, mismo que de ser vulnerado en ausencia de pacto que autorice la no motivación del laudo violaría el Derecho fundamental de debido proceso impidiendo la plenitud de la eficacia del laudo, por atentar incluso en contra del orden público. Por último, Hierro Hernández-Mora e Hinojosa Segovia apuntan que con el requisito de motivación operante en España se cumplen 3 funciones⁶⁶¹:

1. El Conocer las razones de la decisión que se adopta⁶⁶²;

2. El evitar la arbitrariedad y;

3. El permitir el control de la resolución arbitral a través del ejercicio de la acción de anulación.

Cuadro 3.

17. Viene al caso señalar que la motivación “*obligatoria*” en ausencia de pacto entre las partes se hace obligatoria por extensión a cualquier tipo de sentencias arbitral. Así, deben estar motivadas tanto laudos definitivos, parciales y laudos que resuelven otras

⁶⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 356/2004, de 25 de mayo. Véase *addenda infra*, *addendum 7*.

⁶⁶¹ HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio y HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo”, en GONZÁLEZ SORIA, Julio, “Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23 de diciembre”, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011. p. 522.

⁶⁶² Al respecto Derains y Schwartz hacen hincapié en la importancia de que el tribunal demuestre máxima consideración a las cuestiones que las partes les han sometido. DERAINS y SCHWARTZ, *op. cit.* p. 309.

cuestiones dentro del procedimiento⁶⁶³. Esto es porque la misma LA 60/2003 al distinguir entre los laudos por consenso, supuesto en que releva al árbitro de la obligación de motivar⁶⁶⁴, al resto de laudos se aplican el principio "*Ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*"⁶⁶⁵ traducido para el caso en la imposibilidad de agregar nuevos supuestos no dispuestos en la Ley.

3.3. Presunción de legalidad de laudo: su trato en el Derecho interno Español y Mexicano

18. Existe dos aspectos relativos a la presunción de legalidad del laudo. El primero consiste en la asunción de la legalidad del laudo como requisito probatorio en el procedimiento de exequátur (aspecto procesal). Así, se presupone que el laudo cumple con los requisitos para ser homologado y ejecutado, o lo que es lo mismo, que no incurre en ninguna de las causales del art. V de la CNY58, lo cual se configura como una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, pero que desplaza la carga de la prueba a la parte que se opone al reconocimiento⁶⁶⁶.

19. El segundo aspecto consiste en la presunción de legalidad como presupuesto de eficacia pero enmarcado en un aspecto sustantivo. Esta diferenciación es necesaria

⁶⁶³ HIERRO HERNÁNDEZ-MORA e HINOJOSA SEGOVIA, *op. cit.* p. 522.

⁶⁶⁴ Art. 37.4 *in fine*.

⁶⁶⁵ Donde la Ley no distingue, no es dable distinguir.

⁶⁶⁶ ROCA AYMAR, José Luis, "*El arbitraje en la contratación internacional*", ESIC, Madrid, 1994. p. 135.

pues finalmente la eficacia del laudo arbitral no determina solamente cuestiones de ejecución forzosa, sino que además incidirá en procesos de diferente naturaleza. Un ejemplo es la posibilidad de la apertura de un proceso ulterior en el que se haga valer la excepción de cosa juzgada o la compensación en base a un arbitramento previo. De modo que la legalidad presupuesta viene a determinar un status donde se pondera al laudo como una pieza de juzgamiento valido y eficaz que aporta máxima seguridad jurídica en una cuestión determinada.

Así, en México, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha sostenido la imposibilidad de revisar la legalidad de un laudo en cuanto al fondo cuando se solicita la homologación del laudo⁶⁶⁷. Lo mismo ocurre respecto de acción de anulación del laudo ya que para este supuesto, como para el anterior, la ley ofrece un elenco tasado de causales referidas a garantías puramente formales, lo que evita la posibilidad de revisión del fondo⁶⁶⁸. De esa manera la cuestión descansa en la confianza que las partes han trasladado al árbitro para dirimir su controversia, de modo que sería impensable la eficacia de los laudos si se les reputase contrarios a la legalidad en cuanto al acto de juzgamiento en sí⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷ Al respecto, la tesis aislada localizable bajo la voz LAUDO, LOS JUECES PUEDEN REHUSARLA EJECUCIÓN DEL, CUANDO ADVIERTAN QUE EL ÁRBITRO NO CUMPLIÓ LAS FORMALIDADES PROCESALES PACTADAS POR LOS INTERESADOS, PUES TAL CUESTIÓN ES DE ORDEN PÚBLICO. Registro No. 914723. Localización: Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Apéndice 2000, Tomo IV, Civil, P.R. TCC, Página: 802, Tesis: 1115, Tesis Aislada. Véase *addenda infra*, *addendum* 8.

⁶⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 310/2004, de 28 de abril. Véase *addenda infra*, *addendum* 9.

⁶⁶⁹ En ese sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 351/2000, de 19 de mayo, señala que “*al tratar de los motivos de nulidad del laudo, que no pueden servir de base al recurso de nulidad las estimaciones de las partes sobre la justicia del laudo, deficiencias del mismo o al modo de resolverse la cuestión que integra su objeto*”. Véase *addenda infra*, *addendum* 10.

20. Por lo anterior, se puede afirmar que la presunción de legalidad en cuanto al fondo se configura como una de las denominadas *iuris et de iure*, o lo que es lo mismo, que no admite prueba en contrario⁶⁷⁰. Esto en parte viene definido por el carácter definitivo del laudo y la imposibilidad de revisión del fondo como norma general⁶⁷¹. Todo lo anterior encuentra sustento legal en la interpretación conjunta de los arts. II, III y V de la CNY58. Así, la presunción de legalidad implícita desde que la CNY58 no contempla la revisión del fondo. Si esto no fuera así, sería impensable la certidumbre jurídica, no se sostendría la cosa juzgada y por tal, tampoco se sostendría la eficacia del laudo.

3.4. Equiparabilidad del laudo arbitral a la sentencia judicial

21. El laudo arbitral es un equivalente sustituto de la sentencia judicial. Para determinar dicha equiparabilidad un aspecto relevante es la simetría que debe existir entre estos dos tipos de resolución. En ese orden de ideas, los laudos arbitrales, de igual forma que las sentencias judiciales, deben ser: vinculantes, congruentes,

⁶⁷⁰ Así en la Sentencia la Audiencia Provincial de Madrid 603/2006, de 18 de diciembre, se ha señalado que *“ha de tenerse en cuenta que el procedimiento de anulación no sitúa al Tribunal en la misma posición en que se encontraba el árbitro de forma que al Tribunal competente para conocer de aquél no le es dable revisar en términos de legalidad ordinaria, la prueba y su valoración porque esta es una cuestión que atañe al fondo del asunto y que excede de los motivos tasados que se recogen y se recogían en los respectivos artículos 41 y 45 de la actual y antigua Ley de Arbitraje”*. Véase *addenda infra*, *addendum* 11.

⁶⁷¹ Sobre la imposibilidad de la revisión del laudo en cuanto al fondo véase CUATRERO RUBIO, *op. cit.* pp. 51-53, y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *“De la anulación del laudo”*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *“Comentarios a la Ley de Arbitraje”*. Tecnos, Madrid, 1991. pp. 707-708.

exhaustivos, inalterables y obligatorios⁶⁷². Sin embargo, la posibilidad de equipararlas materialmente no quiere decir que sean idénticas desde un punto de vista formal. Eso sí, se aprecia un reflejo, que si bien, no es exacto en cuanto a que encuentran sustento en razones distintas, es posible su equiparación.

22. Mientras que la sentencia emana de una actividad jurisdiccional sustentada en el *imperium* del Estado, los laudos arbitrales son producto de la voluntad de las partes. Atendiendo a las fuentes es difícil sustentar la exacta identidad formal entre el laudo y la sentencia judicial. Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que el árbitro desempeña efectivamente una labor materialmente jurisdiccional⁶⁷³. En ese sentido, la SCJN acota distancias entre el arbitraje y el proceso judicial, y por ende, sobre sus respectivos productos (resolución) al señalar que *“...el arbitraje en principio no supone la solución de controversias mediante un proceso jurisdiccional sino a partir de la voluntad, destacando que aun cuando la competencia de los tribunales arbitrales no está determinada por la ley, finalmente así debe estimarse indirectamente en la medida en que el acuerdo para comprometer en árbitros una problemática tendrá que hacerse mediante un compromiso que deberá ajustarse a las leyes aplicables, por lo que la competencia arbitral tiene en cierta forma un origen legal y, por ende, está*

⁶⁷² Prieto-Castro apunta esas características al referirse a las sentencias judiciales. PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *“Derecho Procesal Civil”*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1989. pp. 199-202

⁶⁷³ En ese sentido recientemente se pronunció el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, mediante la tesis aislada localizable bajo la voz: ARBITRAJE. ES UNA INSTITUCIÓN CONVENCIONAL PARA RESOLVER LITIGIOS MEDIANTE UN LAUDO. Registro No. 162221. Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Mayo de 2011 Página: 1018, Tesis: I.3o.C.934 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil. Véase *addenda infra, addendum 12*.

*supeditada a la legalidad y en última instancia, a través de ésta, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*⁶⁷⁴.”

De ese modo, la SCJN al hacer una elipsis entre la fuente que da sustento al arbitraje y al proceso judicial equipara perfectamente el producto del juzgamiento de uno y otro. Esto conduce a una identidad casi perfecta entre la sentencia judicial y el laudo arbitral diferenciado únicamente por el carácter privado de los árbitros. Esta cualidad priva al árbitro del poder de hacer cumplir lo juzgado, para lo cual, se debe acudir al auxilio del juez estatal. Para ello, se debe agotar un procedimiento de control ante el juez⁶⁷⁵ mediante el cual se verifica la regularidad del laudo en base a los parámetros que la misma ley establece, los cuales son tasados y dan a entender el principio de intervención mínima⁶⁷⁶, por lo cual el juez debe dar el mismo tratamiento a un laudo regular cual si se tratara de una sentencia judicial. Esta equiparación del laudo con la sentencia judicial garantiza plenamente la eficacia del laudo arbitral.

⁶⁷⁴ Tesis aislada localizable bajo la voz ARBITRAJE. SU CONCEPTO GENÉRICO Y SU FINALIDAD. Registro No. 166504. Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009, Página: 432, Tesis: 1a. CLXIV/2009, Tesis Aislada, Materia(s): Civil. Véase *addenda infra, addendum* 13.

⁶⁷⁵ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, “*Derecho Procesal Civil, proceso concursal, arbitraje*”, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004. p. 122.

⁶⁷⁶ Merino Merchán y Chillón Medina señalan que el control mínimo sobre el laudo arbitral es necesario so pena de desustanciar el arbitraje internacional como jurisdicción auténtica. MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, “*Tratado de Derecho Arbitral*”, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2006. pp. 1744-1745.

3.5. Comentarios previos sobre la eficacia primaria y plena de los laudos arbitrales

23. La función jurisdiccional culminada a través de una sentencia judicial o, en su caso, mediante un laudo arbitral⁶⁷⁷ produce efectos en dos vertientes: el sustantivo (que varía según el objeto de las pretensiones) y el jurisdiccional como resultado de ejercer una función jurisdiccional⁶⁷⁸.

24. Estos segundos efectos llamados por Guasp “*efectos procesales*” son consecuencia del proceso arbitral. Se manifiestan en la etapa postarbitral desplegándose a lo largo de una secuencia de acontecimientos de carácter procesal trazada por la eficacia del laudo, eso sí, en un plano formal, para llegar a consolidar la cosa juzgada. Así, gracias a esta eficacia primaria es posible abordar la ruta procesal para llegar al laudo firme y posteriormente al laudo ejecutable. Coincidimos con Guasp en que los efectos procesales de la sentencia (en este caso arbitral) afectan su discutibilidad o indiscutibilidad en otros procesos ulteriores⁶⁷⁹, empero, en el medio existen otras manifestaciones procesales determinadas en base a la eficacia primaria de laudo. Estos efectos secuenciados a partir de la notificación del laudo serán los descritos a continuación.

⁶⁷⁷ Como se vio líneas arriba, realmente el árbitro realiza una función materialmente jurisdiccional, y por tal, sus efectos serán los mismos que la sentencia judicial.

⁶⁷⁸ LORCA NAVARRETE, Antonio María, “*Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del Derecho. Organización judicial y principios rectores del proceso*”, Dickinson, Madrid, 1998. pp. 1524-1525. La aclaración solamente puede ser a petición de parte.

⁶⁷⁹ GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, “*Derecho Procesal Civil tomo I: introducción y parte General*”, 7ª edición, Aranzadi, España, 2004. p. 552.

25. El primer efecto consiste en que el laudo arbitral pone término definitivo a la instancia procesal. Esto es gracias a la aplicación del principio *lata sententia iudex desinit esse iudex* consistente en que el tribunal no puede volver a decidir jurisdiccionalmente sobre la sentencia ya pronunciada por él mismo, es decir, no puede ni modificar, ni retractar su contenido, solo aclararla⁶⁸⁰. A esta altura es patente la existencia de eficacia en un sentido formal ya que ese laudo per se da paso al segundo efecto.

26. Una vez dictado el laudo inmediatamente se da paso a la formación de la cosa juzgada formal gracias a que el laudo es definitivo y la Ley reconoce que constituye cosa juzgada a pesar de quedar pendiente la acción de revisión del laudo y de revisión de sentencias firmes (segundo efecto)⁶⁸¹. El tercer efecto verificable en la secuencia postarbitral consiste en la legitimación procesal para solicitar la acción de anulación del laudo. De esa forma, la eficacia primaria es patente ya que a través de un efecto invertido, la existencia de un laudo definitivo obra como prerrequisito, base y sustento para la acción judicial de anulación del laudo. Justo en ese momento, el laudo cobra el carácter de título ejecutivo por ministerio de Ley⁶⁸² (cuarto efecto). Todos estos efectos son manifestaciones procesales derivadas de la eficacia formal del laudo con el

⁶⁸⁰ *Idem*. Este principio aplica de manera absoluta en el arbitraje ya que, salvo pacto en contrario, existe un conceso generalizado sobre la inviabilidad de una segunda estancia arbitral.

⁶⁸¹ Art. 43 de la LA 60/2003.

⁶⁸² Armenta Deu señala que los efectos del laudo son precisamente la producción del efecto de la causa juzgada (art. 43 LA. 60/2003) y la constitución de laudo como título ejecutivo (art. 517.2.2 de la LEC). ARMENTA DEU, Teresa, *“Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales”*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2007. p. 570.

propósito arribar al procedimiento de reconocimiento del laudo. La eficacia plena⁶⁸³ se traduce en la ejecución forzosa o espontánea del laudo⁶⁸⁴, cuestión que será analizada en los apartados siguientes.

3.6. Cosa juzgada del laudo arbitral

3.6.1. Cosa juzgada formal del laudo

27. El tratamiento del instituto de la cosa juzgada junto a la dicotomía entre su aspecto formal y material fue abordado con antelación⁶⁸⁵. Desde que el laudo ha sido notificado a las partes se tiene por agotada la instancia procesal y es definitivo⁶⁸⁶. De ese modo por introducción en el plano material despliega determinados efectos procesales traducidos en eficacia primaria.

28. En la actualidad la determinación del momento en que el laudo alcanza el grado de cosa juzgada (formal) es un tanto más problemático. La LA88 preveía un recurso

⁶⁸³ Diferenciada de la eficacia primaria del laudo.

⁶⁸⁴ El tratamiento de la eficacia material del laudo se hace en los epígrafes 5 *infra*.

⁶⁸⁵ Capítulo IV, epígrafes 2.2 y 3 *Supra*.

⁶⁸⁶ Se ha dicho que en materia de arbitraje existen un consenso generalizado sobre la no admisión de ulteriores instancias arbitrales. La notificación del laudo significa su advenimiento definitivo al mundo jurídico, pues no basta solamente el fallo (como proceso mental) o, su firma para que surta efectos apreciables más allá de lo virtual.

como vía procesal para intentar la anulación de un laudo y, en el caso mexicano se preveía para el estaba prevista la tramitación de un incidente procesal. En lo referente al recurso español consistía en un acto de impugnación dirigido a atacar la resolución (en este caso con referencia al laudo) que pretende provocar su anulación⁶⁸⁷ pero no su reforma y, en el caso del incidente se trataba de una duda intermedia respecto de proceso⁶⁸⁸. Esto indicaba que una vez transcurrido el plazo de interposición⁶⁸⁹ o desestimado éste cabía la formación de la cosa juzgada formal.

29. En los últimos años han obrado cambios legales gran calado en España y México. La Ley 60/2003 sobre arbitraje plantea una alternativa distinta instituyendo la “*acción de anulación*” del laudo para el caso español. Respecto de caso mexicano, a partir de la reforma del C.Com de 2011, se crea el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje arts. 1470 y ss. En ambos casos se trata de una acción que aporta un tinte conceptual distinto respecto del régimen anterior, empero de la misma naturaleza entre ambos sistemas legales⁶⁹⁰.

Chillón Medina señala que es sano considerar este medio de impugnación, acción y no recurso, por el alcance de la revisión efectuada y por los motivos tasados y extrínsecos al fondo del asunto. Se trata de un proceso distinto al que da origen al

⁶⁸⁷ Cfr. ORTELLS RAMOS, MANUEL, ORTELLS RAMOS, Manuel, “*Derecho Procesal Civil*”, Aranzadi, Navarra, 2000. p. 501; en idéntico sentido ARMENTA DEU, *op. cit.* p. 237.

⁶⁸⁸ GUASP, *op. cit.* p. 520.

⁶⁸⁹ Sea en el caso español el recurso o en el caso mexicano el incidente.

⁶⁹⁰ Antes de la reforma la redacción del art. 43 era la siguiente “*El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá la posibilidad de solicitar la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes*”.

laudo con el cual se configura un medio de control formal del arbitraje desde sede judicial, mediante el cual se discute su validez bajo un esquema de causales tasadas⁶⁹¹. Sin embargo, con las reformas a la LA 60/2003 aun y que se trate del mismo mecanismo de ataque de los laudos existe un antes y un después que hace óbice en la formación de la cosa juzgada formal⁶⁹².

30. La firmeza del laudo estaba supeditada a la desestimación o prescripción de la acción de anulación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su momento fue claro a ese respecto. En las sentencia de 6 de octubre de 2009, ha resuelto que “... *el carácter razonable de un plazo de dos meses como el previsto en el artículo 41, apartado 4, de la Ley 60/2003, a cuyo vencimiento, de no haberse ejercitado una acción de anulación, un laudo arbitral pasa a ser firme, adquiriendo así fuerza de cosa juzgada*”⁶⁹³. Claramente el Tribunal de Justicia Europeo hace referencia a la cosa juzgada formal. Como bien apunta Guasp, la sentencia que no admite ningún ataque directo contra ella, se llama firme, y se dice que produce fuerza de cosa juzgada formal⁶⁹⁴. Se aprecia que si bien la acción de anulación es un proceso autónomo que asume un rol de control del laudo. Conforme a la anterior redacción era tomada como un ataque inmediato del laudo desplazándole a un plano que permitía identificarla como un ataque directo. Es por eso que aunque un laudo era definitivo, tomando en cuenta la imposibilidad de revisión del fondo, su firmeza quedaba supeditada al

⁶⁹¹ MERINO MERCHÁN Y CHILLÓN MEDINA, *op. cit.* pp. 683-686.

⁶⁹² *Op. cit.* pp. 1778-1779.

⁶⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia Europea, Sala Primera, Sentencia de 6 de Oct. 2009, rec. C-40/2008. Véase *addenda infra*, *addendum* 14. En idéntico sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid mediante el Auto de 31 de enero 2006.

⁶⁹⁴ GUASP, *op. cit.* p. 552; en el mismo sentido DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “*Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*”, Aranzadi, Navarra, 2005. pp. 96-99.

agotamiento de la acción de anulación⁶⁹⁵. Al igual que una sentencia judicial un laudo se reputaba definitivo y después era firme⁶⁹⁶.

31. Después de la reforma las cosas han cambiado. En alguna ocasión J.H. Von Kirchmann ha señalado que basta un sólo plumazo del legislador para que las bibliotecas enteras pasaran a convertirse en papel mojado. Así, el legislador español en la exposición de motivos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, señala que *“...tras la reforma, se elimina la distinción entre laudo definitivo y laudo firme, estableciendo que el laudo produce efectos de cosa juzgada, aunque se ejerciten contra él las acciones de anulación o revisión, lo que supone que puede ser ejecutado si no concurre cumplimiento voluntario”*. Al respecto Ripol Carulla señala que al reconocer la firmeza del laudo desde el momento de su emisión se determinan los efectos de la cosa juzgada materia y su inalterabilidad ya que se marca el inicio del cómputo del plazo de la acción ejecutiva⁶⁹⁷. Sin embargo, cabe hacer otra serie de consideraciones en torno al tema, pues la existencia de la posibilidad de aplicación posterior de las disposiciones sobre revisión de sentencias firmes plantea una serie de problemáticas que deben ser analizadas.

⁶⁹⁵ De la Oliva, Díez-Picazo y Vegas coinciden en que la firmeza del laudo está supeditada a que se agote o desestime la acción de anulación. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *“Derecho Procesal Civil, Ejecución forzosa, procesos especiales”*, 3ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005. pp. 630-631.

⁶⁹⁶ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *“El proceso civil”*, 4ª edición, Editorial Forum, Oviedo, 2005. p. 216.

⁶⁹⁷ RIPOL CARULLA, Ignacio, *“La firmeza del laudo arbitral tras las modificaciones introductorias por la Ley 11/2011”*, Spain Arbitration Review, N.º 12/2011. pp. 98-99.

3.6.2. Cosa juzgada material del laudo

32. Se ha dicho que el laudo por el solo hecho de ser dictado y notificado es firme con lo que produce efectos de cosa juzgada formal. Sin embargo, la determinación de la cosa juzgada material es un tema con un grado mayor de complejidad. Guasp señala que no se trata sólo de impedir la apertura de nuevos procesos, sino también que se desconozca la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada⁶⁹⁸. Respecto de la cosa juzgada como presupuesto de la eficacia material del laudo existen 3 conceptos clave que configuran el diseño del modelo: definitividad, firmeza y autoridad.

33. Un requisito esencial de la formación de la cosa juzgada material consiste en que exista un fallo que recaiga de modo efectivo sobre el fondo del litigio planteado⁶⁹⁹. Ni la acción de anulación del laudo, ni la de revisión de sentencias firmes⁷⁰⁰ permiten la revisión del fondo. Tomado esto como base se puede considerar que el carácter rescindente de la sentencia esperada en ambos procedimientos no constituye inconveniente para que se produzca la cosa juzgada material del laudo. La cuestión se confirma con la posibilidad de su ejecución provisional durante la acción de anulación pendiente. La jurisprudencia mexicana ha señalado que el laudo es una resolución que contiene los atributos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercitividad, sólo que la

⁶⁹⁸ GUASP, *op. cit.* p. 578

⁶⁹⁹ *Op. cit.* pp. 582-583.

⁷⁰⁰ La doctrina es unánime al señalar que se trata de una acción y no de un recurso. Véase epígrafe 4 *infra*.

eficacia y realización concreta de lo condenado queda al juez competente⁷⁰¹. Lo que permite concluir que efectivamente un laudo por el hecho de ser dictado constituye cosa juzgada material.

3.7. El laudo como título ejecutivo

34. La LEC ofrece un elenco de los títulos ejecutivos el cual contempla los laudos arbitrales. El art. 517.2.2 señala “...2. Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ...2. Las sentencias o resoluciones arbitrales.”. La redacción por la que ha optado el legislador español parece óptima⁷⁰². La utilización de la conjunción disyuntiva “o” amplía el catálogo opciones resolutivas que serán consideradas títulos ejecutivos a la luz del Ordenamiento español. Esto viene a colación ya que actualmente han buscando nuevas alternativas en la resolución en los procedimientos pre-arbitrales y arbitrales para lograr una mayor eficiencia temporal y económica del arbitraje.

Un ejemplo lo tenemos en la contemplación de la nueva figura del árbitro de emergencia en el marco del novísimo Reglamento de arbitraje de de la CCI vigente a partir del 1 de enero de 2012. José Ricardo Feris ha señalado que en los *travaux*

⁷⁰¹ Así, la tesis aislada localizable bajo la voz ÁRBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCIÓN LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES. Registro No. 189345. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIV, Julio de 2001. Página: 1107. Tesis: I.3o.C.231 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. Véase epígrafe *addenda, addendum* 15.

⁷⁰² Una vez que entre en vigor el PLMACM serán incluidos los acuerdos de mediación. Véase epígrafe 3.3 del capítulo IV *supra*.

préparatoires se pensó que la resolución mediante la cual el árbitro de emergencia obsequiara la medida cautelar o provisional urgente fuera dictada en forma de “orden” y no de “laudo”, con el fin de evitar el examen previo del laudo por la Corte⁷⁰³, y así optimizar los tiempos de duración de la medida⁷⁰⁴ con evidente reflejo en el proceso arbitral⁷⁰⁵.

El Ordenamiento español está abierto para aparejar ejecución a las resoluciones de carácter arbitrales que así lo requieran para ser ejecutadas. Nada impide que además de los laudos arbitrales definitivos, los provisionales, los dictados por consenso, así como las órdenes dictadas por un tribunal arbitral deban ser considerados títulos ejecutivos. De hecho, se contempla que la ejecución de los laudos en su carácter de títulos ejecutivos pueda ser tanto dineraria como no dineraria, es decir, consistente ya sea en entregar una cantidad de dinero, o en realizar una prestación de hacer, de no hacer o de entregar cosa distinta a dinero⁷⁰⁶.

⁷⁰³ Art 33 del Reglamento de Arbitraje CCI.

⁷⁰⁴ Comentario realizados por José Ricardo Feris, Secretario General Adjunto de la Corte de Arbitraje de la CCI, en la ponencia “*Disposiciones sobre el árbitro de emergencia*”, a cargo de FERIS, José Ricardo, ALONSO PUIG, José María, FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel como Moderador, en el marco del Seminario de presentación del “Reglamento de Arbitraje de la ICC de 2012”, en Madrid, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 27 de Enero de 2012. A su vez, José Feris señaló que la Corte se negó a renunciar a la facultad examen previo de los laudos arbitrales bajo ningún concepto o excepción, pues representa una medida exitosa que ha brindado prestigio a la Institución.

⁷⁰⁵ Según el art. 1.6 del apéndice V relativo a las Reglas de Árbitro de Emergencia del Reglamento de Arbitraje de la CCI, la medida será desechada si no se recibe la solicitud de arbitraje a más tardar 10 días después de la recepción de la petición.

⁷⁰⁶ GAMBIERÍ LLOBREGAT, José, “*El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Aranzadi, Madrid, 2003. pp. 52-53.

De modo que el Ordenamiento español concede eficacia plena a los laudos arbitrales siempre y cuando se trate de resoluciones firmes. Antes se ha dicho que el laudo es firme por el simple hecho de ser dictado. La posibilidad de ejercer la acción de anulación o la de revisión para sentencias firmes no evita que el laudo alcance firmeza. Por lo cual se les concede la misma ejecutabilidad de las sentencias dictadas por los jueces Estatales. De ese modo, cuando el laudo arbitral alcanza el carácter de título ejecutivo alcanza el grado máximo de eficacia, o si se quiere: eficacia plena.

35. En México, el C.Com. en el art. 1391 señala que “*Traen aparejada ejecución: la sentencia ejecutoriada o pasada ante autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable...*”. Una redacción con tintes muy similares a su homólogo español. En la realidad mexicana no se consideraran títulos ejecutivos otras resoluciones que no sean considerados laudos. Ahora bien, la jurisprudencia mexicana ha señalado que inclusive los laudos arbitrales que no son de carácter comercial, y estar fuera del amparo del C.Com. también constituyen títulos ejecutivos con todo y que las Leyes no lo contemplen expresamente⁷⁰⁷.

36. Actualmente con la reforma al C.Com. de 2011 la eficacia del laudo arbitral determinada por su ejecutoriedad ha cambiado. Anteriormente una sentencia judicial extrajera que ha obtenido el reconocimiento y se ha ordenado el *exequátur* se

⁷⁰⁷ Así, la tesis aislada LAUDO ARBITRAL. TRAE APAREJADA EJECUCIÓN, AUN CUANDO SE DICTE POR ÁRBITRO PRIVADO. Registro No. 222960. Localización: Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación VII, Mayo de 1991. Página: 229. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. Véase *addenda infra, addendum* 16.

convertía en título ejecutivo, y sobre esta base se podía solicitar su ejecución⁷⁰⁸. Lo mismo sucedía en México con los laudos arbitrales extranjeros. Gorjón Gómez explica que en caso de ejecución forzosa del laudo arbitral era necesario un examen previo de éste, sometiéndolo a un control y constatando que reúne los requisitos necesarios para otorgarle fuerza ejecutiva dentro del país donde se requiere su ejecución⁷⁰⁹.

La cuestión cobra otros tintes con el estado actual de la Legislación mexicana en materia de arbitraje. El art. 1471 del C.Com. Señala que *“Para el reconocimiento y ejecución de los laudos a que se refieren los artículos 1461 a 1463 de este Código, no se requiere homologación. Salvo cuando se solicite el reconocimiento y ejecución en defensa en un juicio u otro procedimiento, el reconocimiento y ejecución se promoverán en juicio especial a que se refieren los artículos 1472 a 1476”*.

Con la supresión de la homologación se entiende que el sistema jurídico mexicano presupone la regularidad de los laudos extranjeros con lo que se refuerza la presunción de validez. Así, el laudo al no tener que ser homologado automáticamente es considerado título ejecutivo, con lo que la eficacia plena del laudo extranjero está garantizada aun antes del procedimiento de reconocimiento y ejecución. Por eso, sólo se necesitará homologación cuando el laudo es requerido como prueba que sustente

⁷⁰⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *“Práctica procesal civil internacional: formularios comentados, textos legales, jurisprudencia y casos prácticos”*, Comares, Granada, 2001. p. 438.

⁷⁰⁹ GORJÓN GÓMEZ, *op. cit.* pp. 193-194.

en su caso la excepción de cosa juzgada, ya que, en ese supuesto, concederle el carácter ejecutivo resulta innecesario⁷¹⁰.

4. Impugnación del laudo arbitral

37. En la antigua LA88 se preveía como mecanismo de anulación del laudo arbitral el “recurso de anulación”⁷¹¹. Esta denominación ha sido considerada técnicamente incorrecta por la doctrina. La razón es que el laudo no es producto del proceso judicial. El recurso debe ser entendido como un acto de impugnación de las partes encaminado a atacar una resolución judicial de cualquier clase y pretende provocar su anulación o reforma⁷¹². Es decir, con él se busca obtener un nuevo enjuiciamiento del asunto⁷¹³. De esa manera, el recurso es factible sobre resoluciones que todavía carecen de firmeza y

⁷¹⁰ Al respecto la SCJN ha resuelto que “El reconocimiento de laudo arbitral es el acto formal realizado por la autoridad judicial que lo declara como final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes, el efecto de este procedimiento jurisdiccional es el de darle efectos jurídicos a los resolutive de un laudo, aunque ello no involucre su ejecución activa, concepto que deriva de la noción de que existen diferencias entre el reconocimiento del laudo y su ejecución, es decir, un laudo puede ser reconocido sin ser ejecutado, pues éste puede ser aportado a un juicio como prueba de que una controversia sobre la que versa ya representa cosa juzgada (*res judicata*) y, por ende, no sería necesario volver a litigar el asunto; así como también puede ser reconocido para aportarse como prueba y fundamento de la compensación. Por último, la ejecución de un laudo es el medio para que se materialicen los efectos de lo resuelto, incluso coactivamente y aun contra la voluntad de las partes comprometidas a cumplirlo; constituye el mecanismo por virtud del cual mediante la intervención judicial y con la posible utilización de la fuerza pública se conmina a materializar y consumir hasta sus últimas consecuencias los efectos del fallo arbitral.” Así, la tesis aislada localizable bajo la voz ARBITRAJE COMERCIAL. NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN SON PROCEDIMIENTOS JUDICIALES RELACIONADOS CON LOS LAUDOS ARBITRALES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1422, 1457 A 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO). Registro No. 166508. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, Septiembre de 2009. Página: 430. Tesis: 1a. CLXXIII/2009. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. Véase *addenda infra*, *addendum* 17.

⁷¹¹ Art. 46 de la LA88.

⁷¹² ARMENTA DEU, *op. cit.* p. 237.

⁷¹³ GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 325.

tiene lugar cuando el proceso aun no está cerrado. Al final, se trata de la apertura de una nueva etapa de ese proceso pendiente⁷¹⁴.

38. En el caso mexicano cabía anular un laudo mediante la tramitación de un incidente procesal⁷¹⁵. Al respecto, Guasp señala que incidente no quiere decir otra cosa que; *cuestión anormal*, es decir, la alteración procesal que consiste en la originación de cuestiones que no pertenecen al tema lógico normalmente establecido⁷¹⁶. El incidente debe ser, pues, una duda intermedia o intercurrente respecto del proceso por lo cual debe surgir antes de que el litigio se halle definitivamente zanjado⁷¹⁷. Se puede decir que antes de la reforma arbitral de 2011 el laudo era definitivo, pero la posibilidad de atacarlo mediante un incidente posponía, al igual que en el caso español, su firmeza y, con ello la formación de la cosa juzgada (formal) hasta trascurrido el término de interposición o una vez desestimado el incidente.

39. Actualmente bajo el ordenamiento español existe la posibilidad de atacar un laudo firme mediante dos vías o procesos distintos. Así, por un lado la acción de anulación del laudo arbitral y, por el otro, la revisión de sentencias firmes. A primera vista resulta inquietante que se prevean dos acciones distintas en contra de una

⁷¹⁴ MONTERO ARROCA, Juan, GÓMEZ, COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *“El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. pp. 553-554.

⁷¹⁵ De conformidad con el ahora derogado art. 1460 de C.Com en relación con el art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁷¹⁶ GUASP, *op. cit.* pp. 519-521.

⁷¹⁷ *Idem*. Señala que el incidente debe relacionarse con temas de discusión ya planteados. Además el incidente ha de exigir un tratamiento procesal específico.

resolución judicial que es inmutable e inatacable por las vías normales de impugnación. Se dice que la revisión de sentencias firmes se funda en la mera posibilidad de que la sentencia firme sea ilegal o errónea⁷¹⁸. Lo mismo ocurre con la acción de anulación o, por lo menos, las causales bajo las cuales puede ser ejercitada así lo informan⁷¹⁹.

Por otro lado, ambas acciones comparten igual naturaleza al ser juicios autónomos con efecto rescindente sobre una sentencia firme⁷²⁰. De la misma forma su accionamiento está limitado a causales tasada por la Ley⁷²¹, lo cual evita que con el ejercicio de cualquiera de las dos acciones se pueda entrar al estudio del fondo⁷²². En la inteligencia de las anteriores razones es posible concluir que aunque se trata de acciones distintas, ambas obedecen a una naturaleza común, empero, bajo distintos motivos de accionamiento. Por eso pareciera que el legislador aprovecho las causales del art. 510 de la LEC para adicionar el elenco del art. 41 de la LA 60/2003. De modo

⁷¹⁸ MONTERO ARROCA, *et. al.*, *op cit.* pp. 553-554.

⁷¹⁹ El art. 41 de la LA 60/2003 contempla los siguientes motivos: a. Que el convenio arbitral no existe o no es valido; b. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c. Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d. Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se haya ajustado a esta Ley; f. Que el laudo es contrario al orden público.

⁷²⁰ Rescindente en el sentido de que dejan sin efecto al laudo arbitral como si nunca hubiera existido. En ese sentido coincidimos con MONTERO AROCA, *et. al.*, *op. cit.* p. 559 y MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, *op. cit.* p. 742.

⁷²¹ Yáñez Velazco señala que aunque la acción de anulación debe ser judicialmente ejercida porque un juez debe dictar la nulidad, nunca tendrá el cariz procesal de la nulidad de actuaciones. YÁÑEZ VELAZCO, Ricardo, *“Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. p. 812.

⁷²² Los motivos deben basarse en hechos no alegados ni discutidos en el proceso anterior. MONTERO AROCA, *et. al.*, *op. cit.* p. 555.

que la aparente duplicidad de acciones es producto de una cuestionable técnica legislativa. Además el procedimiento de ambas acciones no dista del todo⁷²³.

40. Así, de *lege ferenda* es conveniente que las causales del art. 510 de la LEC fueran asumidas o ejercitadas desde la acción contemplada en el 40 de la LA 60/2003 mediante una simple remisión legal. Esto es porque si bien es aceptable y necesario el control judicial del laudo, la contemplación de dos acciones tan similares para la anulación del laudo, en principio, deja muy mal parado al laudo respecto de las sentencias judiciales, pues la seguridad jurídica del laudo puede ser atacada dos veces y no sólo una como ocurre en la sentencia judicial⁷²⁴.

41. En el caso mexicano la cuestión es menos compleja. De igual forma que acontece en el Estado español los laudos son definitivos⁷²⁵. Tratándose de laudos domésticos el único control existente es el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje y la sentencia dictada en es proceso es irrecurrible de conformidad con el art. 1476 del C.Com.

⁷²³ No se entrará al tratamiento de ambos procedimientos por exceder los límites de la presente investigación.

⁷²⁴ El comentario se hace guardando las debidas proporciones procesales, ya que, por ejemplo, los términos de interposición son distintos en ambas acciones.

⁷²⁵ Así la tesis aislada localizable bajo la voz PROCEDIMIENTO ARBITRAL. PUEDEN DICTARSE LAUDOS INTERLOCUTORIOS O DEFINITIVOS SEGÚN LO PACTADO POR LAS PARTES EN LA CLAÚSULA ARBITRAL O ACTA DE MISIÓN O POR LO PREVISTO POR LA LEY. Registro No. 162029. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Mayo de 2011. Página: 1261. Tesis: I.3o.C.955 C. Tesis Aislada. Materia(s): Civil. Véase epígrafe 6 *infra, addendum* 18.

5. Eficacia del laudo

42. La eficacia genéricamente se configura como el estadio entre la labor de juzgamiento (laudo arbitral) y la posibilidad de exigir su cumplimiento judicialmente. Al hablar de la eficacia del laudo han de tomarse en cuenta el aspecto formal y el material. Este aspecto formal consistente en la eficacia del laudo como motor de efectos procesales postarbitrales. Dichos efectos deducidos de la mera existencia del laudo permiten abordar todas las etapas procesales previas a la homologación y posterior ejecución forzosa del laudo. La eficacia primaria del laudo surge a partir de la verificación de la existencia del laudo a partir del momento de su notificación. El laudo como acto de equivalencia jurisdiccional es eficaz, tan es así que la sola existencia del laudo acompañada del impulso procesal, es suficiente para crear unos efectos procesales que permitirán una serie una serie de etapas procesales que llevaran al momento de solicitar su homologación y posterior ejecución⁷²⁶.

43. Por otro lado, la eficacia plena de un laudo arbitral será directamente proporcional al cumplimiento de los requisitos de ejecución. Esto expresado en contrario sensu significa que; si no se incurre en ninguna de las causas de anulación o denegación al reconocimiento del laudo⁷²⁷, éste cobrará eficacia jurídica plena y, por

⁷²⁶ Estos efectos han sido enumeradas en el apartado 23 del epígrafe 3.5 *supra*.

⁷²⁷ Cantuarias Salaverry pone de manifiesto la diferenciación entre lo que se debe entender por anulación del laudo y la denegación al reconocimiento. Señala que sólo el Poder Judicial del Estado en que, o conforme a cuya ley, fue dictado un laudo puede anularlo y, por otro lado, los tribunales del Estado de destino del laudo extranjero solo pueden denegar su reconocimiento en base a actualización de una de las causales del art. V de la CNY58. Al respecto pone de manifiesto que la consecuencia de

tal, se presupone que se ha cumplido su objetivo, esto es, desplegar sus efectos jurídicos en plenitud para resolver una controversia jurídica a un plano material.

44. La eficacia plena consistente en la ejecución forzosa o espontánea del laudo. A partir de que un laudo es firme su eficacia se manifiesta de forma sucesiva a través de una secuencia de actos perfectamente diferenciables. El laudo visto como un instrumento que sustituye a la función jurisdiccional y al producto final de ésta (la sentencia judicial), se reputa plenamente eficaz obedeciendo un orden común con la única excepción del requisito de homologación. Así, respecto de la sentencia judicial y, por extensión al laudo arbitral⁷²⁸, Prieto-Castro señala que *“la eficacia y utilidad de la función jurisdiccional del Estado y la seguridad del comercio jurídico de los ciudadanos exigen que los pronunciamientos de aquélla sean ya en determinado momento inalterables y obligatorios para las partes y vinculantes para los terceros”*⁷²⁹

esta diferenciación radica en que un laudo anulado en el lugar de origen sea nacional o internacional (más no extranjero), dará lugar a que un efecto que evitará su reconocimiento en otros Estados. A su vez, cuando el reconocimiento es denegado en un Estado en concreto, no existe, en principio, razón para que no se puede reconocer en un Estado distinto. CANTAUARIAS SALAVERRY, Fernando, *“Arbitraje comercial y de las inversiones”*, UPC, Lima, 2007. pp. 460-462.

⁷²⁸ La extensión del comentario a los laudos arbitrales es propuesta en el marco de la presente investigación.

⁷²⁹ PRIETO-CASTRO, *op. cit.* p. 202.

CONCLUSIONES

1. En los últimos años la utilización de los métodos alternos de solución de conflictos se ha visto incrementada de manera exponencial⁷³⁰. Se ha dicho que cuando ésta clase de acuerdos carecen de eficacia, es decir, que no son aptos para desplegar los efectos para los cuales fueron concebidos en el plano material, se reducen a meros ejercicios dialécticos. Desde la perspectiva del Derecho, cuando las soluciones a que llegan las partes no son susceptibles de cumplimiento voluntario o forzoso carecen de toda importancia y se comprimen a la nada jurídica, o lo que es lo mismo, quedan en buenas intenciones que poco o nada importan en la realidad jurídica.

2. Muchos y muy variados son los MASC utilizados en el mundo. En el marco de la presente investigación a la luz de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica tanto en el plano internacional como en el doméstico, se procuró desgranar el estado de exploración de los MASC con el fin de determinar la viabilidad de la elaboración de un estudio completo, útil y con relevancia en la Ciencia Jurídica sobre la eficacia de los acuerdos alcanzados a través de la implementación de los MASC en España y México.

3. El primer paso fue identificar los MASC sobre los que actualmente se puede hablar propiamente de eficacia jurídica en todo el rigor del concepto. Por eso, a modo de diagnóstico, en la aproximación doctrinal a los MASC se comenzó por hacer un

⁷³⁰ La presente investigación estuvo enfocada a los acuerdos alcanzados a través de un MASC. La alusión a “*acuerdos alcanzados*” es una forma de expresión genérica que engloba también a los laudos arbitrales definitivos (no solo los dictados por consenso) aun y que estos no son propiamente “*acuerdos*” por tratarse de un MASC de carácter heterocompositivo.

análisis de la negociación como medio de solución de conflictos, pues finalmente es base de toda interacción humana y pilar fundamental de los métodos alternos en general. Posteriormente se expusieron los MASC de mayor utilización en los más variados sectores. Un análisis preliminar permitió descartar la posibilidad de hablar de eficacia jurídica concreta y bien sustentada en lo que respecta al oyente natural, mini-trial, summary jury trial, las consultas y los buenos oficios, por lo menos en lo que respecta al caso español y mexicano.

Las razones estiban sobre todo en su poca utilización, la implementación exclusiva a un ámbito concreto (v. gr. el internacional), la ausencia de un marco regulatorio suficiente y adecuado, etc. Por otro lado, respecto de la transacción se determinó que se trata es una figura contractual que carece de un procedimiento estructurado de elaboración, con tintes conceptuales distintos a lo que se espera de un método alternativo de solución de conflictos. Así, los métodos antes descritos conducen a soluciones desprovistas de eficacia jurídica patente dentro del arreglo alternativo de controversias en España y México.

-II-

4. La aproximación doctrinal efectuada en el primer capítulo ha sido provechosa y de gran utilidad. Ha permitido identificar tres MASC dotados de un tratamiento adecuado que *prima facie* permitió vislumbrar eficacia suficiente para brindar seguridad jurídica a los usuarios en el arreglo de sus diferencias: la mediación, la

conciliación y el arbitraje. Estos métodos conforman un trinomio del que existe probada evidencia de utilización y desarrollo más que exitoso en las esferas internacional y domestica. Un ejemplo es el Centro de Métodos Alternos de Solución de Conflictos del Poder Judicial del Estado de Nuevo León que en el período comprendido entre mayo de 2005 y septiembre de 2010 recibió un total de 10,385 solicitudes de mediación, de las cuales 4464 se convirtieron en mediaciones y se consiguieron 3007 convenios, lo que arroja un 67,4% de acuerdos alcanzados en las mediaciones realizadas⁷³¹.

5. Tras un detallado análisis doctrinal se logró identificar un tratamiento suficiente y adecuado para entrar al estudio en profundidad sobre la eficacia que despliegan los mecanismos antes descritos mediante el producto final. También se hizo patente en la doctrina nacional y en el ámbito comparado la inexistencia de un análisis, estudio o trabajo alguno que califique jurídicamente y determine de forma exhaustiva y rigurosa la eficacia de los Métodos Alternos de Solución de conflictos.

-III-

6. Una vez definidas la viabilidad y conveniencia del estudio sobre la eficacia del producto resolutorio de las controversias a través de la mediación, la conciliación y el arbitraje; se procedió a la elaboración de un diagnóstico sobre el estado que guardan

⁷³¹ Los datos obtenidos son los disponibles al 24 de febrero de 2012 en la página oficial del Centro de Métodos Alternos de Solución de controversias. Véase la página electrónica: <http://www.pjenl.gob.mx/consejojudicatura/CEMASC/CJMetodosAlternos.asp>.

los MASC en el contexto internacional. Es importante recordar que en gran medida la implementación de los MASC obedece a posturas asumidas desde instituciones internacionales. Se ha hecho hincapié en la misión de la Organización de las Naciones Unidas en el arreglo de conflictos internacionales de carácter económico. Esto derivó en su día en la creación de Organismos especiales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que, entre otras funciones, ha jugado un papel trascendental no sólo en la promoción y difusión de los MASC, sino también en su perfeccionamiento como mecanismos eficientes que brindan soluciones eficaces.

7. De ésta forma, actualmente se ha definido una corriente *pro* armonizadora de los MASC. En la presente investigación se puso total atención a la sinergia definida por la CNUDMI mediante sus Leyes Modelos referidas a MASC y su impacto en los sistemas español y mexicano. No obstante, es patente como en ese sentido la Ley Modelo sobre Conciliación ha tenido un impacto más bien modesto sobre los sistemas locales, a diferencia de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial que ha revolucionado la aceptación y crecimiento del arbitraje en México y España.

-IV-

8. En este sentido, queda claro que sin un bagaje normativo internacional completo sería imposible hablar de la eficacia de los MASC. Sobre todo porque en un inicio fue al auspicio del marco convencional suscrito por México y España, sobre todo en materia

de arbitraje, como se logró brindar eficacia jurídica a los acuerdos alcanzados a través de los métodos alternos de solución de conflictos. El mayor ejemplo es la CNY58 que consagra a lo largo de su articulado la eficacia de la sentencia arbitral, pero más concretamente en el artículo III donde impone a todo los Estados suscriptores la obligación de reconocer la autoridad de los laudos arbitrales.

9. De ésta forma, el Estado español que en un inicio contaba con un régimen legal interno adverso al arbitraje, desde 1981 gracias a una interpretación jurisprudencial sustentada en la CNY58 propició el otorgamiento de eficacia a los laudos arbitrales extranjeros, hecho que a la postre derivó en el mejoramiento del sistema legal hasta lograr ponerse a la vanguardia legislativa en la materia. El caso mexicano ha sido similar. A raíz de la suscripción de un marco convencional adelantado, junto a otras razones de política internacional, se generó la creación de un sistema arbitral acorde a la Ley Modelo sobre Arbitraje de la CNUDMI. Se puede concluir que el estado del andamiaje jurídico internacional se ha visto reflejado en las legislaciones nacionales de aplicación al ámbito domestico, con impacto directo en la garantía de eficacia jurídica de los convenios alcanzados en los MASC que actualmente ofrecen México y España.

-V-

10. Respecto del ámbito europeo es manifiesto el impulso mayoritariamente enfocado a la mediación. Tal postura puede ser explicada por la existencia de un marco universalmente aceptado en materia de arbitraje y los problemas de saturación judicial

existentes en Europa. Las Autoridades Comunitarias mediante el Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil, con una visión realmente alternativa han planteado la necesidad de una política de abordaje desde la raíz del conflicto para evitar su resurgimiento, en contraposición a medidas otrora ineficaces como el aumento del número de tribunales. Es por eso que el Libro Verde pone de manifiesto la eficacia de los acuerdos de MASC como una cuestión de mejoramiento de calidad en la prestación del servicio y de acceso a la justicia, además se hace énfasis en la indefinición propiciada por la falta de consenso sobre los alcances y naturaleza de estos acuerdos dada la gran diversidad de sistemas que conforman la Unión Europea.

11. El Libro Verde sobre MASC carece de todo afán normativo. Caso opuesto es el la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre Ciertos Aspectos sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles que funciona como mecanismo de armonización de las distintas legislaciones en la materia. Respecto de la eficacia el art. 6 de la Directiva plantea la obligación a los Estados de conceder fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación, lo que se traduce en eficacia pura y dura, pues para lograr ese objetivo primero debe ser garantizada la definitividad e inmutabilidad del acuerdo de mediación. De esa forma se pretende un método de arreglo que brinde la suficiente seguridad jurídica de acuerdo a los estándares mínimos esperados en cualquier Estado garantista. El resultado es claro: la Unión Europea pugna firmemente por la eficacia de los acuerdos alcanzados a través de los MASC

(subrayando que desde la perspectiva de la eficacia, el análisis de este trabajo se ha centrado exclusivamente en el acuerdo de mediación, conciliación y el laudo arbitral).

-VI-

12. Ya situados en el ámbito nacional se realizó la tarea de diagnosticar el estado legislativo de los MASC comparativamente en México y España. El primer paso fue acudir a la Norma Constitucional. En México la tutela de los MASC desde la Carta Magna constituye un fuerte aliciente para su implementación en todo el territorio nacional. En el año 2008 se aprovechó la reforma procesal penal constitucional para consagrar los MASC como verdadero complemento de la justicia tradicional en el párrafo tercero del artículo 17 constitucional. Esto pone de manifiesto una clara predisposición del Estado mexicano para dotar de eficacia los acuerdos de MASC, pues la reforma no sólo contempla su aplicación en el ámbito del área penal, sino que está abierta a todas las materias en las que válidamente pueda pactarse su utilización. En el caso Español, si bien no existe tutela constitucional expresa la Constitución es respetuosa del principio de libre disposición en unión al de la supremacía de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que permite hablar de plena libertad en materia de MASC.

13. Las Comunidades Autónomas en España y las Entidades Federativas en México han sido las que hasta el momento han asumido la tarea legislativa en materia de mediación y otros métodos alternos. En México el proceso legislativo visto en su

conjunto es sumamente dispar. A fecha de hoy, existen distintos tipos de leyes que regulan los métodos alternos p. ej. las que son monotemáticas y su regulación se limita una sola parcela de aplicación de los MASC como la mediación o la conciliación, luego están las heterogéneas que establecen sistemas más elaborados de aplicación de MASC, y finalmente algunos Estados que aun no cuentan con legislación propia en la materia.

En el caso español existe mucho mas homogeneidad y las leyes son referidas casi exclusivamente a la mediación familiar. La excepción es la Comunidad Autónoma de Cataluña que cuenta con una Ley que se ocupa de la mediación en el ámbito civil y mercantil. Por otro lado, existe actualmente el Proyecto de Ley Estatal de Mediación en asuntos civiles y mercantiles recientemente publicado en el Boletín General de las Cortes, el 29 de abril de 2011, pero que aun no ha entrado en vigor.

En su momento se aclaró que la presente investigación estuvo enfocada a la eficacia de los acuerdos alcanzados en los MASC en materia mercantil. Por eso, respecto del caso mexicano, las disposiciones del Código de Comercio de 1885 referentes a arbitraje, recientemente reformadas en enero de 2011, fueron objeto de estudio en la presente investigación para determinar la eficacia de los laudos arbitrales. Se hace necesario aclarar que en México el arbitraje civil ordinariamente se regula por el Código Civil de cada Entidad Federativa, por cierto de forma sumamente deficiente. Respecto del caso Español la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre arbitraje, fue

recientemente reformada mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo, con grandes incidencias sobre la eficacia de los laudos arbitrales.

-VII-

14. En resumen: mediante la exploración doctrinal de los MASC; el análisis del entorno internacional, incluido el marco convencional, las leyes modelos y otras normas, así como sus respectivas enmiendas y recomendaciones interpretativas y; con el examen del *status* legislativo que actualmente impera en España y México se ha configurado un estudio integral y exhaustivo que determina el estado del arte de los métodos alternos de solución de controversias en ambos países. La determinación del estado del arte de los MASC era un paso lógico y obligado si se pretendía determinar la eficacia de los acuerdos alcanzados a través de la mediación, la conciliación y el arbitraje en ambos Estados.

A partir de ese momento se avisto una bifurcación en la investigación que dividió el estudio en dos aspectos torales: de una lado, la eficacia de los acuerdo de mediación (incluido lo relativo a la conciliación) y, de otro, la eficacia de los laudos arbitrales de conformidad a las reformas acontecidas en España mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo y en México mediante reforma al Código de Comercio de 1885, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011. Este criterio obedeció a 3 aspectos fundamentales: 1.- la mediación y la conciliación son métodos de carácter autocompositivo y el arbitraje es heterocompositivo; 2.- existe un marco normativo

claramente diferenciado en ambos mecanismos y; 3.- *prima facie* era estimable que el laudo arbitral y el convenio de mediación tuviesen distinta naturaleza.

-VIII-

15. En la presente investigación se asumió un posicionamiento lineal sobre la visión de la mediación bajo el esquema del modelo de Harvard. La razón se encuentra en que este modelo concibe la utilidad de la mediación en función de la consecución de un acuerdo que ponga remedio a una situación de tensión entre las partes, con el objetivo del restablecimiento de la armonía perdida a causa del conflicto. El modelo responde a la perfección bajo un entorno de carácter jurídico, sobre todo cuando el enfoque es hacia el Derecho Mercantil, pues el aspecto psicológico o emocional es mayoritariamente superado por el factor de utilidad negocial. Posteriormente para estar en aptitud de responder a la interrogante ¿es posible hablar de eficacia en los acuerdos de mediación?, fue indispensable realizar su valoración desde la óptica del Derecho comenzando por determinar su naturaleza jurídica.

-IX-

16. Hasta el momento no existe consenso sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos de mediación. El Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil pone de manifiesto una orientación más o menos general tendiente a atribuirle el carácter de meras

transacciones. Sin embargo, a la luz de los Derechos español y mexicano la cuestión es mucho más compleja. La simple referencia a “*transacción*” lo único que aporta es ambigüedad dadas las notables diferencias entre los distintos sistemas jurídicos que integran la Unión Europea. Además, el contrato de transacción no necesariamente corresponde con lo que en la práctica se denominan transacciones comerciales, las cuales, más bien, dan la idea de la consecución de una situación de negocio enmarcada bajo cualquier esquema de trato p. ej. la compraventa, el leasing, etc. Sin embargo, éste primer indicio sirvió para vislumbrar la necesidad elaborar la disección y estudio minucioso de ésta clase acuerdos desde la teoría de las obligaciones.

-X-

17. El primer paso fue determinar si los acuerdos de mediación son actos jurídicos. La respuesta es afirmativa. Cuando las partes suscriben un acuerdo de mediación crean un esquema de cargas con contenido jurídico perfectamente determinables a partir de la voluntad impresa en el acto. Además, su naturaleza contractual quedó plenamente establecida debido a que tras el agotamiento del proceso de mediación consistente en una negociación asistida, se genera un instrumento mediante el cual es posible crear, transferir, modificar y extinguir obligaciones.

18. Mediante un acuerdo de mediación las partes pueden obligarse a dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa, de ahí la creación de obligaciones.

19. Una causa de extinción de obligaciones ajena al catálogo ofrecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil es el mutuo disenso. Se trata de una causal extintiva de posible actualización en los acuerdos de mediación vistos como negocios jurídicos, lo que da como resultado un nuevo contrato que produce efectos aniquilatorios del anterior. De ese modo, al ser eliminada la relación obligatoria preexistente no se puede entender el sostenimiento de las obligaciones que habían nacido de esa conexión extinta. Esto es porque si un contrato encuentra fundamento en el consentimiento, bastará el consentimiento invertido para extinguirlo, ésta operación jurídica se denomina distracto y se entiende válida al tenor de una mediación, pues en esta se crea un nuevo contrato con los mismos elementos de existencia y validez que el que a su vez queda extinto.

-XI-

20. Una vez despejadas las dudas sobre la naturaleza contractual de los acuerdos de mediación el siguiente paso fue analizar sus elementos de existencia a la luz de la Legislación española y mexicana. El primer problema se advirtió cuando se analizaron los resultados del diagnóstico del estado legislativo de la mediación en España y México⁷³². El resultado fue que ninguna legislación especial sobre mediación aporta los elementos necesarios para definir adecuadamente el contenido de los elementos de existencia del contrato alcanzado a través de una mediación.

⁷³² Capítulo III de la presente investigación.

21. Así las cosas y tratándose de una figura contractual se acudió en la vía supletoria al Código Civil en el caso español. En México la cuestión es distinta. En su momento se advirtió la existencia de un Código Civil para cada una de las Entidades Federativas. Realizar un estudio caso por caso tomando en consideración cada uno de los Códigos Civiles, aun a pesar de que la regla de supletoriedad remite en el caso de laguna al Código Civil del Fuero Común correspondiente resultaba una tarea previsiblemente redundante y poco práctica, sobre todo por la cercanía en técnica legislativa y contenido de todos los Códigos Estatales al Código Civil Federal. Además, el estudio hubiera sido de difícil comparación cualitativa con realizado para el caso Español. La solución al problema fue acudir al Código Civil Federal, pues la intención finalmente es trazar lineamientos generales útiles para crear el bagaje necesario para determinar la eficacia de los acuerdos de mediación por lo menos como instrumentos contractuales.

-XII-

22. El primer elemento de existencia es el consentimiento. Recordemos que los acuerdos de mediación se pueden alcanzar solamente después de agotado un procedimiento de negociación estructurado con la ayuda de un tercero independiente e imparcial al conflicto, lo cual arroja dos aspectos importantes; el primero es la forma en que se integra el consentimiento en los acuerdos de mediación y el segundo es el momento en que eso sucede.

23. El proceso de negociación asistido tiene varias incidencias directas en la formación del consentimiento. La primera consiste en la necesidad de respeto y observancia de los principios procesales mínimos aplicables como el derecho de contradicción.

La segunda incidencia obra sobre la forma en que se emite y acepta la oferta con la intención de configurar el consentimiento. Las reglas establecidas por los Códigos sobre la oferta y la aceptación dejan de responder en la mediación. Esto se debe a que la función básica del mediador consiste en ayudar a extrapolar el proceso psicológico de gestación del conflicto al plano material. Además en este caso la oferta no es directa. Gracias a la intervención de un tercero se presenta una triangulación de la oferta y la aceptación. Esto convierte al mediador en parte activa de la negociación, eso sí desprovisto de poder de decisión.

La tercera incidencia y quizá la mas importante es cuando el mediador reconduce la negociación a aspectos que considera de oportunidad para la consecución del acuerdo. En el supuesto indudablemente existe una influencia en la formulación de la oferta y la correspondiente aceptación y es manifiesta su incidencia en el otorgamiento del consentimiento, lo cual es relevante jurídicamente. La situación es todavía más clara cuando se trata de un proceso de conciliación, pues el facilitador esta en aptitud para proponer la oferta asumiendo la posición de la parte a la que originalmente le correspondería emitir la oferta.

24. Ahora bien, los Códigos Civiles no informan sobre el momento, en que para el supuesto, se otorga el consentimiento. Por lo cual su respuesta ante procesos de negociación colaborativa donde paulatinamente se va enarbolando el acuerdo es muy limitada. El acuerdo de mediación al estar compuesto de decisiones sucesivas torna en extremo difícil la identificación del momento real de formación del consentimiento. La cuestión se ve solventada gracias a la exigencia legal unánime de la forma escrita de esta clase de contratos. Por eso se puede concluir que habrá consentimiento una vez firmado el acuerdo de mediación.

Por todas las anteriores razones se puede concluir que el acuerdo de mediación tienen una forma especial y específica de formación del consentimiento y, por tanto, debe ser tratado como una figura contractual autónoma dentro de la teoría de las obligaciones, concretamente en lo referente a la doctrina de los contratos.

-XIII-

25. El objeto mediato del contrato de medición puede ser de lo más variado. A través de una mediación siempre se intentara solventar una cuestión de conflicto. El resultado es que válidamente se puedan crear, transmitir, modificar y extinguir obligaciones (objeto inmediato). El objeto aparece materializado según las

pretensiones de las partes junto con las observaciones del mediador cuando coadyuve en la identificación del conflicto.

-IVX-

26. El sistema jurídico español adopta la tesis causalista del contrato. Se dice que todo el que se obliga lo hace por una causa o motivo específico. En el caso del contrato alcanzado en una mediación indudablemente se identifica el arreglo de una situación de conflicto como la causa inmutable del contrato, con independencia de que al tenor del acuerdo se puedan crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

-XV-

27. El acuerdo alcanzado en una mediación deberá cumplir con los requisitos de validez comunes a los contratos en general. Evidentemente existen particularidades que determinan, en mayor o menor medida, las situaciones donde se puede ver afectada la validez del contrato por presentarse un vicio en el consentimiento. Queda claro que el contrato alcanzado en una mediación que incumpla con los parámetros legales de validez no podrá ser eficaz por desactualizarse la posibilidad de lograr su ejecución forzosa.

-XVI-

28. El acuerdo de mediación para ser eficaz debe cumplir con 3 presupuestos mínimos de eficacia: estar dotados de seguridad jurídica, consolidarse como cosa juzgada y ser ejecutables.

-XVII-

29. Para que la voluntad sea válida debe ser exteriorizada. Esa exteriorización debe hacerse por los medios adecuados. Es decir, siguiendo los parámetros que la Ley exige para tal efecto. La forma del acuerdo de mediación es un requisito indispensable que viene a configurar un esquema inicial de seguridad jurídica operante en los contratos de mediación.

-XVIII-

30. Actualmente de *lege ferenda* es posible hablar de la cosa juzgada como presupuesto de eficacia de los acuerdos de mediación. El Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (PLMACM) les confiere ese *status* siempre que sean formalizados de acuerdo a los requisitos impuestos en el art. 24. El establecimiento de la acción de anulación y la de revisión de sentencias firmes conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) a través del PLMACM equipara el momento en que laudo arbitral y los acuerdos de mediación se constituyen como cosa juzgada y cobran carácter ejecutivo, con lo que se iguala su tratamiento jurídico aun a

pesar que las razones que los dota de existencia y validez sean distintas. De esa manera, se empata la eficacia de los acuerdos de mediación y los laudos arbitrales en España.

31. Aun a pesar de que el acuerdo de mediación nazca de un mero concierto volitivo y no haya sido objeto del juicio lógico del órgano judicial o arbitral, la Ley los reputa como verdad legal al concederles la autoridad de la cosa juzgada, además al adjudicarles un sistema de impugnación idéntico al de los laudos arbitrales, la Ley les equipara para todos los efectos.

-XIX-

32. La ejecutoriedad de los acuerdos de mediación es trascendental para considerarlos instrumentos eficaces. Actualmente esto es posible, por lo menos de *lege ferenda*, gracias a que el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles así lo contempla. De ese modo, el legislador plantea una extensión al catálogo de títulos ejecutivos contenido en la LEC.

-XX-

33. En México actualmente no existe evidencia suficiente de consenso general que otorgue eficacia plena a los acuerdos de mediación, o por lo menos, no al mismo grado

que en España. Sin embargo, en México al poder ser considerados contratos, tienen la misma eficacia que cualquier otro contrato válido.

-XXI-

34. El laudo arbitral suple a la sentencia judicial en virtud de una auténtica función de juzgamiento e impartición de justicia realizada por los árbitros. En ese sentido, la eficacia debe manifestarse en igualdad de condiciones, con todo y que se realice el control judicial del laudo. Existen distintos presupuestos de eficacia que deben ser cumplidos para que el laudo pueda cumplir su objetivo principal consistente en la resolución definitiva de la controversia. Los presupuestos de eficacia mínimos son: la congruencia del laudo, su motivación, la presunción de legalidad, equiparabilidad del laudo con la sentencia judicial, la formación de la cosa juzgada y su conformación como título ejecutivo.

-XXII-

35. La jurisprudencia ha sostenido que al ser tomada en cuenta la incongruencia del laudo como causa de nulidad, lo que realmente se sanciona es la falta de legitimidad del tribunal arbitral para emitir un acto jurídico vinculatorio. La eficacia del laudo internacional realmente se verá frustrada cuando el laudo es anulado, pues no da impide que un laudo sobre el que se ha denegado su ejecución en un Estado específico pueda ser ejecutado en Estado diverso.

36. La incongruencia por defecto vista como aquella que se presenta en los casos en que el laudo resuelve menos de lo que ha sido pedido (*infra petita*) no afecta la eficacia del laudo. Esto es porque lo que efectivamente ha quedado resuelto no implica una modificación de *la causa petendi*. Distinto es lo que sucede cuando el árbitro se pronuncia sobre cuestiones que no le fueron sometidas (*extra petita*) o el pronunciamiento va más allá de éstas (*ultra petita*). En este caso el fallo carecería de toda legitimidad aniquilando de tajo toda posibilidad de eficacia, salvo en aquellos casos en que sea posible separar y ejecutar la parte del laudo que resuelve cuestiones que si estaban contenidas en el mandato del tribunal. De ese modo, se concluye que un laudo que excede el mandato de los árbitros incumple un presupuesto básico de eficacia.

-XXIII-

37. La Ley que regula el arbitraje comercial en México opta por un régimen presunto que obliga a la motivación de los laudos dictados en estricto derecho. En España existe un régimen legal que obliga la motivación del laudo. En ambos casos se trata de una norma dispositiva que admite pacto en contrario. De esa forma, si los árbitros no cumplen el requisito de motivación en ausencia de pacto que la dispense, se estará ante una vulneración del orden procesal mínimo exigido en la norma. Esto quebranta las garantías procesales mínimas lo cual se traduce en la vulneración del

Derecho fundamental de debido proceso. En esos casos se estará ante una causal que elimina de eficacia del laudo, pues atenta incluso en contra del orden público interno.

-XXIV-

38. La presunción de legalidad puede ser analizada en dos sentidos. El primero como la asunción de la legalidad del laudo como requisito probatorio en el procedimiento de *exequátur*. Con lo que se presume que el laudo cumple con los requisitos para ser homologado y ejecutado. El segundo es la presunción de legalidad en un aspecto sustantivo mediante la cual se reputa al laudo como una pieza de juzgamiento válido y eficaz que brinda seguridad jurídica máxima. De ahí que bajo ninguna circunstancia exista la posibilidad de revisión del fondo del laudo una vez dictado. Sería impensable la eficacia del laudo si se les considerase contrario a la legalidad, por lo cual, la presunción de legalidad en cuanto al fondo no admite prueba en contrario.

-XXV-

39. La sentencia judicial y el laudo arbitral encuentran sustento en fuentes distintas lo cual dificulta su equiparación bajo un aspecto formal. Sin embargo, materialmente es posible identificarlas de forma perfecta ya que como lo ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si bien la competencia de los tribunales no está determinada por la Ley, también es cierto que el compromiso para comprometerse en

árbitros debe ajustarse a las leyes, por lo cual debe estimarse que indirectamente la competencia arbitral tiene un origen legal. De ese modo, la equiparación de ambas formas de resolver la controversia dota de eficacia al laudo arbitral, pues aunque el árbitro no puede hacer cumplir lo resuelto, el juez debe dar el mismo tratamiento al laudo cual si se tratara de una sentencia judicial.

-XXVI-

40. La determinación de la cosa juzgada de los laudos arbitrales ha sufrido recientes transformaciones tanto en España como en México. En ambos sistemas se empató el esquema de anulación del laudo mediante el establecimiento de la acción de anulación que se configura como un juicio autónomo e independiente que obedece a motivos tasados perfectamente definidos por la Ley, lo que impide que se puedan revisar cuestiones de fondo del laudo. Esto deja atrás la vieja concepción de revisión del laudo mediante el ejercicio de un recurso o un incidente, pues el efecto que se conseguía era la definitividad del laudo, pero la firmeza quedaba aplazada hasta su agotamiento o prescripción⁷³³.

41. Después de la reforma hecha mediante la Ley 11/2011, de 20 de mayo, el legislador español hizo hincapié en la intención de dejar atrás la diferencia entre laudo definitivo y laudo firme con lo que en adelante, una vez dictado el laudo, se alcanza el

⁷³³ Se hace esta diferencia porque definitividad se refiere a que no existen ulteriores instancias arbitrales, pero la firmeza determina la formación de la cosa juzgada.

grado de cosa juzgada conforme a la nueva redacción del art. 43 de la LA 60/2003. Un momento crucial en la formación de la cosa juzgada como presupuesto de eficacia es aquel en que el laudo es notificado a las partes. Es hasta ese instante cuando se tiene por concluida la instancia procesal y el laudo es definitivo. A partir entonces se despliegan ciertos efectos procesales traducidos en eficacia primaria apreciable cronológicamente en 4 estadios básicos: 1.- Se pone fin definitivamente a la instancia procesal, es decir que no puede haber un nuevo pronunciamiento jurisdiccional sobre lo juzgado; 2.- Se consolida la formación de la cosa juzgada formal; 3.- Se actualiza la legitimación procesal para ejercer la acción de anulación del laudo y; 4.- Se presenta la asunción del laudo arbitral como título ejecutivo.

42. En otro orden de ideas, se ha dicho que para que se consolide la cosa juzgada material es necesario que exista un fallo que recaiga de modo efectivo sobre el litigio planteado. Tomando esto en consideración, ni la acción de anulación, ni la revisión de sentencias firmes contemplada en la LEC permiten la revisión del fondo del lado. De esa forma, nada indica el aplazamiento de la formación de la cosa juzgada material a un momento posterior a su notificación a las partes. Por el contrario, el carácter rescindente de las sentencias que en su caso puedan recaer en ambos procesos implica solamente la invalidación del laudo. Por eso, tanto en España como en México un laudo al ser dictado se configura como cosa juzgada tanto en lo formal como en lo material y, a partir de ese momento se garantiza que lo resuelto por los árbitros obrará en adelante como verdad legal, dispuesta con la autoridad propia de la cosa juzgada. Así, se define como una consecuencia jurídica que presupone la eficacia del laudo.

-XXVII-

43. En España y México la Ley confiere el carácter de títulos ejecutivos a los laudos arbitrales. Con esto se alcanza el grado máximo de eficacia, o si se quiere, la eficacia plena. Pero para llegar a ese nivel de eficacia se debe pasar cronológicamente por los estadios de eficacia primaria descritos líneas arriba.

44. En México actualmente se suprime la homologación del laudo cuando se pretende ejecutarlo. Esto no dispensa la necesidad de solicitar al juez su reconocimiento (entendido como una mera admisión de un instrumento de juzgamiento al sistema nacional), pero si presupone que el laudo antes de ser admitido en el sistema mexicano ya es considerado título ejecutivo. En España el juez debe homologar el laudo extranjero para que pueda ser reputado como título ejecutivo. En términos generales se puede afirmar que la ejecutoriedad del laudo es presupuesto inevitable para la eficacia plena del laudo, y en lo que respecta a España y México la cuestión esta garantizada.

-XXIII-

45. En España actualmente con la publicación del PLMACM se visualiza un esquema que configura un sistema integral que garantiza la eficacia de los MASC. A fecha de hoy, se puede hablar propiamente de eficacia de los acuerdos de mediación y laudos

arbitrales. Es un esfuerzo sin precedentes les otorga un tratamiento homogéneo, pues les concede los mismos efectos jurídicos de validez, autoridad y eficacia.

En definitiva:

1. Actualmente en España y México se puede hablar de eficacia de los acuerdos alcanzados en la mediación y de los laudos arbitrales. Sin embargo, hasta la fecha no existía un trabajo que estudie, cuantifique jurídicamente y determine de forma clara y exhaustiva la eficacia del producto resolutivo de los MASC (entendiendo por ellos la mediación, la conciliación y el arbitraje).
2. El acuerdo de mediación es un acto jurídico. Se trata de una figura contractual autónoma.
3. Mediante un acuerdo de mediación se pueden generar obligaciones de dar, hacer y no hacer.
4. A través de un acuerdo de mediación es posible extinguir obligaciones mediante una operación jurídica denominada distracto. La cual se traduce en la eliminación de una relación obligatoria y, por ende, las obligaciones contenidas en esa relación jurídica, a través de un nuevo contrato con efecto aniquilatorio del anterior. Es decir, mediante el consentimiento invertido.

5. El proceso de formación del consentimiento en el acuerdo de mediación es enarbolado de forma específica y distinta a cualquier otra figura contractual. De ahí que deba ser considerada una figura contractual autónoma e independiente dentro de la Teoría de las Obligaciones y, específicamente dentro de la doctrina de los contratos.
6. El objeto mediato de los acuerdos de mediación puede ser de lo más variado. A través de esta clase de instrumentos se pueden crear, transferir, modificar y extinguir obligaciones (objeto inmediato).
7. La causa de los contratos de mediación es la eliminación de la *res dubia*.
8. Siguiendo la misma suerte de todo contrato, la presencia de algún vicio en el consentimiento privaría al contrato de validez y su eficacia se vería frustrada.
9. La forma escrita exigida para los acuerdos de mediación se presente como un requisito de validez que configura un esquema inicial de eficacia.
10. De *lege ferenda* se puede hablar de eficacia de los acuerdos de mediación ya que actualmente el Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (PLMACM) les concede ese efecto. Además se empata su tratamiento jurídico al de los laudos arbitrales, pues serán susceptibles de ser atacados con las mismas

acciones en igualdad de circunstancias aunque con sus propios matices procesales.

Lo anterior una vez iniciada la vigencia del PLMACM.

11. De *lege ferenda* se puede hablar de los acuerdos de mediación como títulos ejecutivos en España, lo que les confiere eficacia plena.
12. La Ley equipara los acuerdos de mediación con los laudos arbitrales a todos los efectos.
13. Los laudos arbitrales para ser eficaces deben cumplir con ciertos presupuestos mínimos de eficacia: la congruencia del laudo, su motivación, la presunción de legalidad, equiparabilidad del laudo con la sentencia judicial, la formación de la cosa juzgada y su conformación como título ejecutivo.
14. El laudo que incurre en incongruencia por exceso elimina toda posibilidad de ejecución y aniquila toda posibilidad de eficacia, salvo aquellos casos en que sea posible ejecutar parcialmente el laudo.
15. La no motivación del laudo en ausencia de pacto que dispense esa obligación claramente quebrantaría el orden procesal mínimo, lo que atenta contra el principio de debido proceso, con lo cual se privaría al laudo de toda eficacia.
16. La presunción de legalidad en cuanto a aspectos sustantivos no admite prueba en contrario. De otro modo el laudo no podría ser considerado una pieza de

juzgamiento válida, eliminando toda posibilidad de eficacia y, por tal, no se sostendría la seguridad jurídica impresa en el acto.

17. La equiparación de la sentencia judicial al laudo arbitral garantiza plena eficacia jurídica, desde que el juez está obligado a darle el mismo tratamiento al laudo arbitral regular que el que se daría, en su caso, a una sentencia judicial.
18. Actualmente una vez dictado el laudo es definitivo y firme. El esquema de impugnación del laudo es tasado por lo que se excluye toda posibilidad de revisión de fondo del laudo.
19. Una vez dictado el laudo se aprecian unos efectos que hacen patente una eficacia primaria apreciable cronológicamente en 4 estadios básicos: 1.- Se pone fin definitivamente a la instancia procesal, es decir que no puede haber un nuevo pronunciamiento jurisdiccional sobre lo juzgado; 2.- La formación de la cosa juzgada formal; 3.- La legitimación procesal para ejercer la acción de anulación del laudo y; 4.- La asunción del laudo arbitral como título ejecutivo.
20. La cosa juzgada material se consigue una vez dictado el laudo, dado el carácter rescindente del fallo que, en su caso, puede recaer en caso de poner en marcha la acción de anulación o la revisión de sentencias firmes. Esto en atención en que ni en un proceso ni en otro se puede revisar el fondo del laudo, más bien lo que se pretende es privarlo de validez.

21. En España la Ley confiere el carácter de títulos ejecutivos a los laudos arbitrales y, en el caso de España, también a los acuerdos de mediación. Con esto se alcanza el mayor grado de eficacia, o si se quiere, la eficacia plena.

ADDENDA (Jurisprudencia)

Addendum 1.

Registro No. 162071

Localización: Novena Época.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Mayo de 201, Página: 1229,

Tesis: I .3o.C.945 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil

NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL POR INCONGRUENCIA AL EXCEDER LA MATERIA DE LA CONTROVERSIA (FRACCIÓN I, INCISO C), DEL ARTÍCULO 1457 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

El artículo 1457, fracción I, inciso c), del Código de Comercio dispone que es nulo el laudo arbitral cuando se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o se refiere a decisiones que exceden los términos de aquél, en el entendido de que si existen algunas que puedan someterse y son susceptibles de separación, se pueden anular las que no estén sometidas al arbitraje. En este caso se regula un motivo de anulación del laudo por razones de congruencia que atañen al propio laudo y no a una circunstancia ajena a él, y con la particularidad de que la materia de anulabilidad será únicamente aquella que no esté comprendida dentro de los puntos sometidos a su decisión o ha excedido cuestiones litigiosas relativas a materias no disponibles para las partes en el arbitraje. Con lo anterior se asegura que no subsista lo que el tribunal arbitral resolvió con exceso y además, implica que una parte del laudo puede ser anulado cuando se trate de cuestiones con sustantividad propia que no estén indisolublemente unidas a la cuestión principal. Lo que se sanciona es la falta de legitimación del tribunal arbitral para resolver una cuestión que las partes no desearon o quisieron encomendar a su función, es decir, carecen de la aptitud necesaria para emitir el acto jurídico vinculatorio para las partes de manera válida. La cuestión de la limitación de los puntos sometidos al tribunal arbitral corresponde a las partes en función de lo que deriva de la cláusula arbitral o del convenio independiente que sobre el particular celebren, pero sobre cuyo contenido y alcance los árbitros tienen suficiente libertad para interpretar racional y lógicamente la cláusula o convenio y ajustarlo a la finalidad del arbitraje perseguido por las partes, en observancia del principio de conservación de los contratos regulado en el artículo 1853 del Código Civil Federal de aplicación supletoria al Código de Comercio, que señala que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes sobre los que los interesados se propusieron contratar. Más aún, la observancia de dicho principio tiene como finalidad que el arbitraje a que las partes se sujeten sea el vehículo de soluciones armónicas y completas para una determinada controversia que no podría entenderse satisfecha sino cuando ha sido efectivamente resuelta.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

Addendum 2.

Registro No. 162066
Localización:
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXXIII, Mayo de 2011
Página: 1233
Tesis: I.3o.C.956 C
Tesis Aislada
Materia(s): Civil

NULIDAD PARCIAL DEL LAUDO ARBITRAL. LA PARTE APELADA TIENE LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR LA SENTENCIA QUE DESESTIMA OTROS SUPUESTOS INVOCADOS POR LA ENJUICIANTE.

El artículo 1457, fracción I, inciso c), del Código de Comercio establece la nulidad del laudo arbitral cuando el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo celebrado entre las partes. En ese caso, la nulidad del laudo no necesariamente afectará integralmente éste cuando se plantee que resolvió una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contenga decisiones que excedan sus términos. Cuando la parte resolutive del laudo comprenda diversas cuestiones sometidas al arbitraje y algunas puedan separarse, la nulidad sólo se reflejará en aquella parte que no sea conforme a dicho acuerdo y sólo esta última parte se anulará. Entonces, sobre este principio resulta factible que para dictar una sentencia que declara la nulidad de un laudo por una de las causas invocadas en la norma citada, se permita dividir las cuestiones que deben anularse, de las no afectadas de nulidad para que se conserven y sólo se anulen aquéllas. Esta regla es relevante porque si bien es cierto que en la práctica jurisdiccional puede pretenderse la nulidad de un laudo arbitral comercial sustentado en diversas hipótesis, debe destacarse que si el Juez del Estado desestima algunas de las causas de nulidad hechas valer y acoge la pretensión por una de ellas, la parte interesada, con independencia de que el fallo redamado decrete la nulidad del laudo en un punto resolutive, tiene la posibilidad de impugnar aquellas consideraciones que rechazaron otras causas de nulidad planteadas, que de ser acogidas le reportarían un mejor resultado en atención a que, de estimarse procedentes, afectarían la totalidad del acuerdo, el procedimiento y el laudo, y no sólo una parte del mismo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010.
Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

Addendum 3.

Registro No. 176546
Localización:
Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXII, Diciembre de 2005
Página: 162
Tesis: 1a./J. 139/2005
Jurisprudencia
Materia(s): Común

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE.

Entre las diversas garantías contenidas en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sustento de la garantía de audiencia, está la relativa al respeto de las formalidades esenciales del procedimiento, también conocida como de debido proceso legal, la cual se refiere al cumplimiento de las condiciones fundamentales que deben satisfacerse en el procedimiento jurisdiccional que concluye con el dictado de una resolución que dirime las cuestiones debatidas. Esta garantía obliga al juzgador a decidir las controversias sometidas a su conocimiento, considerando todos y cada uno de los argumentos aducidos en la demanda, en su contestación, así como las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, de tal forma que se condene o absuelva al demandado, resolviendo sobre todos los puntos litigiosos materia del debate. Sin embargo, esta determinación del juzgador no debe desvincularse de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 16 constitucional, que impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar debidamente los actos que emitan, esto es, que se expresen las razones de derecho y los motivos de hecho considerados para su dictado, los cuales deberán ser reales, ciertos e investidos de la fuerza legal suficiente para provocar el acto de autoridad. Ahora bien, como a las garantías individuales previstas en la Carta Magna les son aplicables las consideraciones sobre la supremacía constitucional en términos de su artículo 133, es indudable que las resoluciones que emitan deben cumplir con las garantías de debido proceso legal y de legalidad contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así, la fundamentación y motivación de una resolución jurisdiccional se encuentra en el análisis exhaustivo de los puntos que integran la litis, es decir, en el estudio de las acciones y excepciones del debate, apoyándose en el o los preceptos jurídicos que permiten expedirla y que establezcan la hipótesis que genere su emisión, así como en la exposición concreta de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas tomadas en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso.

Contradicción de tesis 133/2004-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. 31 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz Joaquina Jaimes Ramos.

Tesis de jurisprudencia 139/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiocho de septiembre de dos mil cinco.

Addendum 4.

Registro No. 166511

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXX, Septiembre de 2009

Página: 426

Tesis: 1a. CLXXI/2009

Tesis Aislada

Materia(s): Civil, Constitucional

ARBITRAJE COMERCIAL. ACUERDO O COMPROMISO ARBITRAL Y CARACTERÍSTICAS DEL LAUDOPRONUNCIADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL CUANDO SE ENCUENTRA EXPRESAMENTE FACULTADO PARA DECIDIR COMO "AMIGABLE COMPONEDOR" Y/O "EN CONCIENCIA" (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1416, FRACCIÓN I, 1423, 1435, 1436, 1437, 1445 Y 1448 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

El compromiso arbitral o acuerdo de arbitraje (como se denomina en la regulación referida) consta en un acuerdo de voluntades previo al surgimiento del conflicto como "cláusula compromisoria", o puede revestir la forma de pacto independiente y acordarse coetáneamente al surgimiento del conflicto que puede ser objeto del arbitraje (artículos 1416, fracción I, 1423, 1435, 1436 y 1437). Así, el tribunal arbitral o el árbitro único, según sea el caso, decidirá el litigio conforme con las normas elegidas por las partes; salvo acuerdo en contrario, se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere al derecho sustantivo, y si las partes no acuerdan la norma que debe regir el fondo, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable. Asimismo, el árbitro o tribunal arbitral podrá decidir la contienda como "amigable componedor" y/o "en conciencia", pero sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello (artículo 1445, párrafo tercero), en el entendido de que resolver en "amigable composición" y/o "en conciencia" implica un procedimiento eminentemente contractual donde la solución a la controversia se presenta mediante una decisión más equitativa y justa que jurídica, o estrictamente apegada al derecho aplicable y que está fundada en la propia voluntad de las partes en disenso, lo que se presenta por una transmisión de la voluntad. Por ello jurídicamente resulta válido afirmar que esta forma de

solución de conflictos concluye con un acuerdo o convención que tiene los efectos de la transacción y por tales motivos no tiene que estar fundado ni motivado, razones por las cuales se le considera un mecanismo convencional de autocomposición a pesar de la intervención de terceros, pues la intervención del tribunal arbitral (único o por varios árbitros) materialmente significa una decisión propia y autoimpuesta por las partes, adoptada por su representante con facultades suficientes para comprometerlas contractualmente y donde su decisión les afecta como si fueran tomadas por propia voluntad y autosometimiento a la decisión de avenencia emitida, siendo precisamente esta característica, por otra parte, lo que implica "fallar en conciencia", es decir, la valoración de las pruebas, así como la argumentación, motivos y fundamentos de la sentencia no requieren constar por escrito sino que pueden ser obviadas y pasar de inmediato a la decisión, es decir, se pueden resolver de plano y sin ninguna explicación detallada (las cavilaciones y razonamientos quedan en la conciencia del árbitro y no pasan al documento del laudo) toda vez que se trata de una actividad cumplida por particulares en ejercicio de sus voluntades; de ahí que no caben las exigencias aplicables a los actos públicos de autoridad, que indefectiblemente deben estar fundados y motivados en congruencia con los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos. En todos los casos, el tribunal arbitral debe decidir con base en las estipulaciones del convenio y tener en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso (artículo 1445, último párrafo); y si no existe pacto en contrario, por regla general el laudo deberá dictarse por escrito, motivado y firmado por el o los árbitros, aunque tratándose de tribunales arbitrales con una composición compleja bastará la firma de la mayoría, siempre que se deje constancia de las firmas faltantes; constará la fecha y el lugar del arbitraje y el fallo se notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros (artículo 1448).

Amparo en revisión 131/2009. Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.

Addendum 5.

Registro No. 166507

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXX, Septiembre de 2009

Página: 431

Tesis: 1a. CLXXII/2009

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

ARBITRAJE COMERCIAL. REGULACIÓN DEL DICTADO DEL LAUDO A CARGO DEL TRIBUNAL ARBITRAL (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1445, 1448 y 1450 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

Tratándose del arbitraje comercial regulado por el Código de Comercio, por principio y en todos los casos, el tribunal arbitral deberá decidir con base en las estipulaciones del convenio y tener en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso (artículo 1445, último párrafo); si no existe pacto expreso en contrario, el laudo se dictará por escrito, motivado y firmado por el o los árbitros, aunque en tribunales de composición compleja bastará la firma de la mayoría, siempre que se deje constancia de las firmas faltantes; constará la fecha y el lugar del arbitraje y el fallo se notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros (artículo 1448). Además del laudo definitivo, dentro de los treinta días siguientes y salvo que las partes hubieran pactado otro plazo, de ser necesario éstas podrán pedir al tribunal arbitral la corrección del laudo mediante la cual: a) puede subsanarse cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar, aspectos que incluso el tribunal arbitral podrá enmendar por propia iniciativa, también dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo; y, b) si lo acuerdan las partes, podrá solicitarse que se haga una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo; y si el tribunal arbitral lo estima justificado, después de esa estimativa efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud; de manera que la interpretación y los pronunciamientos aclaratorios formarán parte del laudo definitivo (artículo 1450). En igual plazo las partes podrán pedir el dictado de un laudo adicional para que el tribunal arbitral se pronuncie respecto de reclamaciones formuladas pero omitidas, y si el tribunal arbitral estima justificada la petición lo dictará dentro de sesenta días, los cuales podrán prorrogarse de ser necesario, laudo que también deberá reunir los requisitos formales a que se refiere el numeral 1448 del Código de Comercio.

Amparo en revisión 131/2009. Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel G. R.

Addendum 6.

Registro No. 166509

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXX, Septiembre de 2009

Página: 428

Tesis: 1a. CLXXIV/2009

Tesis Aislada

Materia(s): Civil, Constitucional

ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO VIOLAN LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

Las garantías jurisdiccionales de fundamentación y motivación son derechos públicos exigibles a las autoridades que ejercen una función jurisdiccional, pero no a los arbitrajes privados donde el principal fundamento de la resolución es la representación trasladada al árbitro y la confianza que depositan las partes en el tribunal arbitral, en donde éste materialmente actúa como un representante y sustituto de la voluntad de los propios litigantes del arbitraje (lo anterior no es aplicable al arbitraje forzoso ni a arbitrajes institucionales decididos por un ente público regido por su regulación aplicable y por la obligación constitucional de fundar y motivar sus actos, aunque hubiera pacto de amigable composición y fallo en conciencia). Para concluir lo anterior, es importante tener en cuenta el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 133/2004-PS, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 139/2005, de rubro: "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE.", acorde con la cual, la fundamentación y motivación son aspectos que conforman derechos fundamentales exigibles a autoridades públicas con actividad jurisdiccional o próximas a ésta, y que no pueden aplicarse a particulares. Ahora bien, no pasa inadvertido que el párrafo segundo del artículo 1448 del Código de Comercio establece que todos los laudos (públicos o privados, voluntarios o forzosos y, en principio, sea quien fuere el tribunal arbitral) siempre deberán estar motivados, a menos que las partes expresamente hayan convenido otra cosa o se trate de arbitrajes que culminen por transacción y ésta se eleve al carácter de laudo; sin embargo, esta porción normativa no puede valorarse aisladamente sino en su conjunto, de lo que se advierte que el "no motivar" los laudos no es una regla general en el arbitraje sino sólo una de las posibles actitudes que, dependiendo del caso y de los acuerdos entre las partes, puede asumir un tribunal arbitral ya que, en principio, sí tiene la obligación de motivar sus decisiones, a menos que se actualice algún supuesto de excepción. Esto es, el Código de Comercio parte de la obligación general de motivar los laudos, aunque no por ello puede afirmarse que la ratio de la motivación arbitral lo sean los artículos 14 y 16 constitucionales o su equiparación con la función jurisdiccional; sino que la motivación del laudo arbitral, salvo acuerdo expreso en contrario, obedece a una situación fundada en razón práctica y en la lógica, como lo sería el que se presente una posible ejecución forzosa del

laudo posterior a su dictado, y como para ello se requiere de la intervención judicial, ésta deberá tener conocimiento sobre los alcances y límites de dicha ejecución, para lo cual necesitará ser informada del debate y de sus alcances. Así, es claro que la motivación en el laudo de arbitraje privado se vuelve crucial pero se basa en los pactos y, por ello, la ley presume que salvo disposición expresa en contrario, las partes prefieren y desean una motivación. Lo anterior evidencia que la motivación de los árbitros comerciales jurídicamente dimana del principio de derecho civil *res inter alios acta* conforme al cual las partes (y en este caso además el árbitro como su representante y mandatario) no pueden desconocerse mutuamente la personalidad que ya se reconocieron en otro momento anterior de un acto jurídico y además de las obligaciones adquiridas a partir del acuerdo arbitral que, por efectos del diverso principio *pacta sunt servanda*, se entiende que los compromisos se adquieren para cumplirse.

Amparo en revisión 131/2009. Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.

Nota: La tesis 1a/J. 139/2005, así como la parte conducente de la ejecutoria relativa a la contradicción de tesis 133/2004-PS citadas, aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, diciembre de 2005, páginas 162 y 163, respectivamente.

Addendum 7.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, Sentencia de 25 May. 2004, rec.
278/2003

Ponente: Font Marquina, Marta.

Nº de Sentencia: 356/2004

Nº de Recurso: 278/2003

Jurisdicción: CIVIL

LA LEY 122834/2004

Texto

En la ciudad de Barcelona, a veinticinco de mayo de dos mil cuatro

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCION CATORCE

ROLLO Nº 278/2003

RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL Nº 900/2002

TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

S E N T E N C I A Núm.

Ilmos. Sres.

Dª Mª EUGENIA ALEGRET BURGUES

Dª MARTA FONT MARQUINA

Dª ROSA AGULLÓ BERENGUER

VISTOS, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los autos de recurso de anulación contra el Laudo Arbitral dictado por el árbitro D. Terenciano Alvarez Pérez, con fecha 20 de Febrero de 2003, promovido por FIVETRANS SCCL, D. Jose Ignacio , HIDROMOLLET SCCL. Y LLEDUNER S.L. representados por la Procuradora Sra. Tor Patino y defendidos por el Letrado D. José Redondo, contra CESPAS GESTION Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS S.A., representada por el Procurador D. Antonio Mª de Anzizu Furest, y defendida por la Letrada Dª Esther Castellnou.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 21 de Marzo de 2003, tuvo entrada en la Oficina de Reparto de esta Audiencia Provincial, escrito del Procurador D. Antonio Mª de Anzizu Furest, en nombre y representación de CESPAS GESTION Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS S.A., que por turno de reparto correspondió a la presente Sección, formulando recurso de anulación del laudo arbitral dictado en fecha 20 de Febrero de 2003, por el Sr Arbitro D. Terenciano Alvarez Pérez, en la controversia entre FIVETRANS SCCL., D. Jose Ignacio , HIDROMOLLET SCCL, LLEDUNER S.L. y

CESPA GESTION Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS S.A., en cuyo recurso se adujo lo que en el mismo se constata.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso de anulación del laudo arbitral, se dio traslado del escrito interponiéndolo y de los documentos acompañados a la contraparte, para que dentro del plazo legal de veinte días, impugnase, si a bien tuviere el recurso indicado.

TERCERO.- En fecha 4 de junio de 2003 se presentó por la Procuradora D^a Nuria Tor Patino, en nombre y representación de FIVETRANS SCCL, HIDROMOLLET SCCL, LLEDUNER S.L. Y Jose Ignacio , escrito impugnando el recurso de nulidad del Laudo Arbitral.

CUARTO.- Abierto el período probatorio y practicadas las pruebas propuestas en plazo legal, se solicitó por las partes la celebración de vista pública, celebrándose ésta el día VEINTICINCO DE MARZO ACTUAL, con el resultado que obra en la precedente diligencia.

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a MARTA FONT MARQUINA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se funda la entidad instante de la nulidad del Laudo Arbitral de fecha 20 de Febrero de 2003, dictado por Don Terenciano Alvarez Pérez, en los apartados 2º y 4º del artículo 45 de la Ley de Arbitraje de 5 de Diciembre de 1988 (Ley 36/88) alegando, en el primer supuesto, que el Laudo no ha sido dictado conforme a derecho, sino en equidad, por lo que constituye una infracción esencial de las formalidades establecidas en la citada Ley, y en el segundo supuesto, que el arbitro ha decidido sobre "punto" no sometido a su decisión.

SEGUNDO.- Antes de conocer el fondo de las cuestiones planteadas, reflexionar brevemente sobre la naturaleza del arbitraje, sea de derecho o equidad, (art. 4 de la L.A.) y sus diferencias. En este sentido como sea que el sometimiento a la decisión arbitral es acordado libremente por las partes que excluyen a los Tribunales para dirimir sus conflictos han de asumir las consecuencias de la naturaleza de esta institución, que se contraen al no sometimiento a los rigores formales de los procedimiento judiciales, y permite una mayor elasticidad en la interpretación de los objetos sometidos a la decisión de los árbitros, atendiendo a la finalidad de las cláusulas y/o obligaciones contractuales entre las partes, bastando que se respeten los principios fundamentales de contradicción, defensa e igualdad de partes, que conduce a una decisión definitiva irrevocable y ejecutiva. La variante o clase de arbitraje que las partes han querido, únicamente se diferencia en que en un arbitraje se dicta conforme a derecho y conforme a su leal saber y entender en el de equidad. En el de derecho, el arbitro, licenciado en derecho, ha de "motivar" la resolución (art. 32.2 L.A.) no siendo necesario en el de equidad, que se resuelve según su sentido natural de lo justo. En ambos arbitrajes solo cabe el recurso por los motivos estrictamente tasados en la Ley (Art. 45 L.A.), que impiden al Tribunal revisar o examinar la cuestión de fondo resuelta por el árbitro puesto que sería contrario a la naturaleza del arbitraje.

TERCERO.- Así las cosas y descendiendo al supuesto de autos, ante todo, no es posible revisar la aplicación del derecho realizada por el árbitro, sea cual fuere el resultado de su labor interpretativa de las normas de derecho sustantivo privado aplicadas al supuesto.

Sólo cabría entrar en aquellos casos en los que el árbitro incurra en manifiesta arbitrariedad o irracionalidad, conforme al artículo 24 de la C.E., pues entonces se vulneran las norma de orden público y en estos supuestos es de aplicación el apartado 5º del artículo 45 de la citada Ley Arbitral.

Cabe, pues, indicar a la parte instante que yerra al invocar el apartado 2º del artículo 45 toda vez que esta norma se contrae a las normas esenciales de procedimiento. Alega que el laudo se ha dictado en equidad y no en derecho.

Ello no es así el Laudo contiene razonamientos jurídicos y resuelve en derecho.

El laudo se halla "motivado" que es el requisito esencial que se establece en la Ley para su validez y eficacia. La falta de motivación hubiera sido en definitiva el único motivo de nulidad conforme al apartado 2º del artículo 45 de la Ley.

Como en cualquier resolución judicial, la motivación ha de responder a los pedimentos de las partes, pero no es preciso que sea exhaustivo o bien como sostiene la parte, que se citen todos los artículos correspondientes al derecho aplicable al supuesto (en este caso contrato de arrendamiento de servicios y derecho de obligaciones). El árbitro no confunde un contrato con otro, ni obvia el derecho de obligaciones contractuales aplicando la normativa "ad hoc", al supuesto que se le plantea. Todo ello es muy distinto a la interpretación que del contrato haya podido efectuar el Arbitro. Conclusión de lo anteriormente razonado es que el Laudo se ha dictado bajo las formalidades y principios esenciales establecidos en la ley. No sin obviar, por último, que el término utilizado en el fundamento decimo-primer del Laudo de que "sería contrario a la equidad y a la justicia", es sacado de contexto y por tanto no por ello cabe afirmar que se ha resuelto en equidad, pero es que, además, tampoco es contrario a las normas de derecho sustantivo (Art. 3 del Código Civil) que los Tribunales en su facultad interpretativa acudan a estos principios de justicia y equidad.

CUARTO.- Concluido que los argumentos de la parte instante relativos al arbitraje de equidad o de derecho no encajan en el apartado 2º del artículo 45 de la Ley, procede el examen del segundo motivo alegado conforme al apartado 4º de la misma norma, puesto que, como bien se razona por la contraparte, ambos motivos se contraen a un mismo hecho.

Sostiene en esencia que la resolución dictada adolece de incongruencia puesto que se fija una cantidad en concepto de "indemnización" que no fue objeto de la petición de arbitraje. Alega que esta incongruencia se desprende del contenido (Ftos. 11 y 12) y no del fallo arbitral.

Antes de entrar en el atento examen del Laudo, ha de precisarse que el objeto de éste (según se desprende del folio 3 de las actuaciones arbitrales) se contrajo a tres cuestiones: "Reclamación de cantidad por impagados de mínimos asegurados establecidos contractualmente. Reclamación de diferencias de I.P.C. de mínimos asignados contractualmente, años 2000-2001.-2002. Reclamación de derechos, en la libre organización del trabajo por las empresas". Así pues al contraerse el recurso de nulidad únicamente a la resolución relativa a la condena de pago de cantidades no cabía la solicitud de nulidad total, sino parcial del mismo por no haberse combatido los restantes pronunciamientos del fallo.

Entrando en la citada cuestión, previamente indicar que para apreciar incongruencia es preciso que al Arbitro haya resuelto puntos no sometidos a su decisión, o que, aunque lo hubiesen sido, no puedan ser objeto de Arbitraje.

QUINTO.- Ciertamente, con arreglo a lo anteriormente indicado, (Sentencia de esta misma Sala de fecha 26 de Abril de 2002), el supuesto de autos no se ajusta "strictu sensu" a estos requisitos, es decir que haya resuelto sobre algún punto no sometido a su decisión o que no podía ser objeto de arbitraje, pues sí resuelve lo peticionado y puede ser objeto de arbitraje. Del atento examen de los fundamentos del laudo, puestos en relación con la demanda rectora cabe concluir en que el Arbitro resuelve lo peticionado efectuando una interpretación de la cláusula contractual en que se funda la petición del incremento del IPC, tal como se contiene en la demanda rectora y escrito de aclaración obrante al folio 135 de las actuaciones arbitrales. Resuelve este Arbitro, Fº 11ª en su parte bastante, que la parte demandada incumplió con el deber de facilitar los transportes objeto del incremento y dice textualmente: "si el transporte no se efectuó, no cabe aplicar un incremento sobre un precio que no debe pagarse, dado que nada se pactó respecto de incremento alguno de ese mínimo obligatorio que se estipuló. Pero resulta que lo cierto es que el incumplimiento de la entidad demandada, que conllevó una imposibilidad de efectuar la prestación sinalagmática de la otra parte contratante, impidió por una parte que el transportista cobrase el precio correspondiente a ese mínimo obligado de servicio de transporte, pero además impidió el lícito lucro inherente a los precios incrementados que debía cobrar por su petición", y continúa "En consecuencia, debe aplicarse este IPCE al menos a la cantidad mínima que corresponde a lo previsto en el contrato como beneficio lícito dejado de obtener.

Otorga, en definitiva, después de este razonamiento, en el fallo las cantidades que les hubieren correspondido por la revisión anual de los contratos cual si se hubiere cumplido con la obligación que correspondía a la demandada.

De ello se infiere que si bien la interpretación que se efectúa no se ajusta estrictamente a los argumentos defensivos de la parte demandada (escrito de primera alegaciones al folio 139 de las actuaciones), tampoco puede obviarse que en este sentido la propia parte efectuó alegaciones. En especial en el hecho 10º de estas primeras alegaciones sostiene que si se entiende aplicable el IPC a los importes mínimos garantizados estos deberían ser calculados en la forma que se relacionan en el citado hecho. En conclusión pudo defenderse y ofrecer alternativas.

Así las cosas no se produce la incongruencia invocada, no sólo por haber resuelto lo solicitado por la parte, en una interpretación, si cabe, amplia, del objeto, sino también porque se califique como se califique el "quantum" fijado en la resolución es el que la parte instante solicitó.

Para que se produzca incongruencia extrapetita es preciso que se produzca indefensión por alterarse sustancialmente los términos del debate (Sentencias del T.S. de 21 de Diciembre de 1996, de 5 de Junio de 2001 o de 26 de Noviembre de 2001 entre otras muchas). Sostiene este mas alto Tribunal que la respuesta a las pretensiones aunque no satisfagan a la parte o las partes la respuesta e interpretación ha de ser adecuada y suficiente a las pretensiones. En el

supuesto de autos aunque el arbitro indique que la suma responde a indemnización por incumplimiento contractual, no así a la más objetiva aplicación del IPC, no constituye alteración sustancial entre lo pedido y lo dado, por lo que ha de afirmarse y conducirse en que el Arbitro ha resuelto conforme a los respectivos derechos y deberes de las partes sometidas a su decisión con flexibilidad y racionalidad atendidas ambas posturas enfrentadas, de las que sin duda, la ahora impugnante, ocupa una posición de mayor dominio.

SEXTO.- Las costas causadas en esta alzada han de ser impuestas a la impugnante.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de nulidad contra el Laudo Arbitral dictado por el Sr. Arbitro TERCERIANO ALVAREZ PEREZ, en fecha 20 de Febrero de 2003, en el que se CONFIRMA dicha resolución, procediendo imponer las costas a la recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-

En y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Ley

Addendum 8.

Registro No. 914723

Localización:

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice 2000

Tomo IV, Civil, P.R. TCC

Página: 802

Tesis: 1115

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

LAUDO, LOS JUECES PUEDEN REHUSAR LA EJECUCIÓN DEL, CUANDO ADVIERTAN QUE EL ÁRBITRO NO CUMPLIÓ LAS FORMALIDADES PROCESALES PACTADAS POR LOS INTERESADOS, PUES TAL CUESTIÓN ES DE ORDEN PÚBLICO.-

Aunque los Jueces del orden común carecen de facultades para revisar la legalidad del laudo arbitral, en cuanto al fondo, lo que es propio de la apelación en el supuesto de que tal recurso no haya sido renunciado por las partes, sí pueden, en cambio, rehusar la ejecución del laudo, cuando adviertan que el árbitro se ha apartado ostensiblemente de los requisitos procesales estipulados en el respectivo compromiso o cláusula compromisoria, con evidente violación a las normas esenciales de todo juicio, que son de orden público.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 286/77.-Etna, S.A.-23 de septiembre de 1977.-Unanimidad de votos.-
Ponente: Martín Antonio Ríos.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 103-108, Sexta Parte, página 129, Tribunales Colegiados de Circuito.

Addendum 9.

Nº de Recurso: 548/2003
Jurisdicción: CIVIL
98806/2004

LAUDO ARBITRAL. Recurso de anulación: improcedencia. Inexistencia de causas de revisión. Incompetencia del Órgano jurisdiccional para el pronunciamiento sobre el fondo. Juicio externo que rebasa las garantías puramente formales.

TEXTO

En la Ciudad de Granada, a veintiocho de Abril de dos mil cuatro

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCION TERCERA

ROLLO - 548/03 - AUTOS. 44/03

ASUNTO: ANULACION LAUDO ARBITRAL

PONENTE SR. JOSE MARIA JIMENEZ BURKHARDT

SENTENCIA NUM.- 310

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. ANTONIO GALLO ERENA

MAGISTRADOS

D. JOSE MARIA JIMENEZ BURKHARDT

D. FERNANDO TAPIA LOPEZ

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial constituida con los lltmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo 548/03- las actuaciones del Recurso de anulación de Laudo Arbitral núm. 44/03, seguidos en virtud de demanda de D. Cristobal contra Marcelino .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que, por la Junta Arbitral Municipal de Consumo de Granada se dictó Laudo Arbitral en fecha 4 de Marzo de 2003, del tenor literal siguiente: "El motor deberá ser revisado "in situ" (en el propio Barco) por un técnico oficial de la marca, corriendo con los gastos de dicha revisión la empresa redamada (autonautica moles, concesionario mariner), y si del informe del técnico se deriva que el problema es del motor o de algunos de sus componentes, correrá con los gastos de reparación y adecuación la empresa autonautica moles, y si por el contrario del informe del técnico oficial se derivara que el problema es del cualquier componente ajeno al motor la empresa redamada quedará eximida de cualquier responsabilidad. La revisión deberá efectuarse en un plazo no superior a 30 días desde la recepción de este laudo".

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte apelante, D. Cristobal , al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a éste Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO.- Que, por éste Tribunal se han observado las formalidades legales en ésta alzada.

Siendo Ponente el Ilmo.Sr. Magistrado D. JOSE MARIA JIMENEZ BURKHARDT.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se fundamenta la anulación del laudo arbitral en los artículos 46 a 51 de la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre. Con olvido del único precepto de la ley que prevé los casos en que se puede pedir la anulación, el art. 45. Sin embargo, del contenido de la demanda resulta evidente que lo que pretende el demandante es que la Sala se pronuncie, no sobre alguno de los supuestos contemplados en el precepto, sino sobre el fondo del asunto, cuestión reservada a los árbitros que, a través del laudo, dirimen las diferencias existentes entre las partes. Pues tal y como ha puesto de manifiesto el T.C. en relación con las causas de nulidad de los laudos arbitrales, en sentencias de 26-6-1987, 16-3-1988, 23-11-1995 y 20-3-1990, etc), que al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45 y limitándose éstas a las garantías puramente formales, el Órgano Jurisdiccional no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto; de modo que nos hallamos ante un juicio externo que no puede ser rebasado, ni aún indirectamente.

SEGUNDO. Apreciándose temeridad en la interposición del recurso, conforme al art. 1.902 cc, las costas se le han de imponer al recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás de común y pertinente aplicación.

FALLO

Con desestimación del recurso, se declara no haber lugar a la anulación del laudo arbitral, imponiéndole al recurrente las costas causadas por el recurso.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Ha de tenerse en cuenta que el procedimiento de anulación no sitúa al Tribunal en la misma posición en que se encontraba el árbitro de forma que al Tribunal competente para conocer de aquél no le es dable revisar en términos de legalidad ordinaria, la prueba y su valoración porque esta es una cuestión que atañe al fondo del asunto y que excede de los motivos tasados que se recogen y se recogían en los respectivos artículos 41 y 45 de la actual y antigua Ley de Arbitraje

Addendum 10.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, Sentencia de 19 May. 2000, rec. 720/1999

Ponente: Ubeda Mulero, José Luis.

Nº de Sentencia: 351/2000

Nº de Recurso: 720/1999

Jurisdicción: CIVIL

LAUDO ARBITRAL. Recurso de anulación: improcedencia. La recurrente pretende una revisión sobre el fondo del asunto relativa a la existencia o no de autorización para el corte de agua. El control judicial del orden público del laudo no se refiere a la aplicación del derecho sustantivo hecha por los árbitros. Los motivos de nulidad no pueden basarse en la justicia del laudo.

TEXTO

Ha dictado la siguiente

sentencia núm. 351/00

En el recurso de anulación interpuesto por Sogesur, S.A., representada por el Procuradora Sra. Ortíz Jover, contra laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo en fecha 11 May. 1999, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José-Luis Ubeda Mulero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la Junta Arbitral de Consumo, se dictó en fecha 11 May. 1999 laudo 158/99 resolviendo litigio entre Sogesur, S.A., de una parte y Amparo Monparler Artes de otra.

SEGUNDO. Contra dicho laudo interpuso recurso de anulación Sogesur, S.A., por medio de escrito motivado del que se dio traslado a la parte contraria, quien no se personó ni presentó escrito de impugnación, quedando posteriormente las presentes actuaciones pendientes de la oportuna resolución.

TERCERO. En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Aunque formalmente el presente recurso de anulación del laudo arbitral se articula con concreta cita de los números 2 y 5 del artículo 45 de la Ley 36/1998, de 5 Dic., en realidad se está pretendiendo la revisión sobre el fondo del asunto en él debatido y solucionado y así:

- 1) Al amparo del citado número 2 discute la valoración de prueba de la Junta Arbitral en cuanto a la existencia o no de autorización municipal para el corte de suministro de agua

potable a la parte ahora recurrida, corte que motivó el gasto reclamado en el procedimiento; y 2) Con cobertura en el también mencionado número 5 y con invocación del principio constitucional de tutela judicial efectiva, se pretende se reconozca la facultad de la ahora recurrente de cortar el suministro de agua con las consecuencias económicas que tal operación tiene aparejadas reglamentariamente; cuestiones todas relacionadas con el fondo de la cuestión sometida al arbitraje y cuyo examen se hace imposible en esta sede jurisdiccional, pudiendo citarse al respecto las sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, de 6 Sep. 1991 y de Madrid, de 10 Feb. 1996, que establecen que cuando se habla de control judicial del orden público del laudo se hace referencia al orden público "in procedendo" y no "in indicando", por lo que el Juez civil no puede controlar la interpretación y aplicación por los árbitros del Derecho sustantivo, así como la de esta última Audiencia, de 24 May. 1995. que dispone, al tratar de los motivos de nulidad del laudo, que no pueden servir de base al recurso de nulidad las estimaciones de las partes sobre la justicia del laudo, deficiencias del mismo o al modo de resolverse la cuestión que integra su objeto, habiendo destacado, por último, el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 Jun. 1996, que el recurso no admite cuestiones ajenas a la nulidad del laudo.

SEGUNDO. En consecuencia con lo expuesto, procede la desestimación del recurso.

TERCERO. A falta en la Ley especial de una regulación expresa sobre las costas del recurso de anulación, procede aplicar analógicamente todos los preceptos que regulan en esta materia el de apelación en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, como se dijera en nuestra sentencia de 6 Abr. del presente año, y por tanto procede imponerlas a la parte cuya impugnación se rechaza.

CUARTO. En materia de ulteriores recursos, resulta de aplicación el artículo 49.2 de la Ley 36/1998.

Vistos además de los citados los preceptos de general y pertinente aplicación.

Fallo:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de anulación de laudo arbitral interpuesto por SOGESUR, S.A., contra el dictado con fecha 11 May. 1999 en el expediente núm. 158/99 tramitado ante la Junta Arbitral de Consumo de Alicante del que dimana el presente rollo, haciendo expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte recurrente.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Notifíquese esta resolución conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Tribunal de Arbitraje de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos, uniéndose otra al rollo del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Addendum 11.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Sentencia de 18 Dic. 2006, rec. 181/2006

Ponente: Guglieri Vázquez, José María.

Nº de Sentencia: 603/2006

Nº de Recurso: 181/2006

Jurisdicción: CIVIL

ARBITRAJE PRIVADO. ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL. VALIDEZ Y EFICACIA DEL LAUDO QUE EXPRESA EL OBJETO, HECHOS, PRUEBAS Y DECISIÓN FINAL EXIGIDOS LEGALMENTE. ARBITRAJE PRIVADO. Anulación y revisión de laudos. Acción de anulación del laudo.

TEXTO

AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 25

MADRID

SENTENCIA: 00603/2006

Rollo: NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL 181/2006

Ponente: ILMO. SR. D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

RECURRENTE: Dª. María

PROCURADOR: Dª. ALICIA ÁLVAREZ PLAZA

RECURRIDO: JOYERÍA JULIO JOSÉ RODRÍGUEZ ALONSO

PROCURADOR: Dª. MERCEDES MARTÍNEZ DEL CAMPO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO MOYA HURTADO

D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

D. ÁNGEL LUIS SOBRINO BLANCO

En MADRID, a dieciocho de diciembre de dos mil seis.

La Sección 25ª de la Audiencia Provincial de MADRID, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto el recurso de anulación de Laudo Arbitral que ha dado lugar a la formación del Rollo 181/2006, seguido entre partes, de una como recurrente. Dª. María representada por la Procuradora Dª. Alicia Álvarez Plaza y de otra como recurrido: JOYERÍA JULIO JOSÉ RODRÍGUEZ ALONSO, representada por la Procuradora Dª. Mercedes Martínez del Campo, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Junta Arbitral de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid, se dictó Laudo con fecha veintidós de Febrero de 2006 a instancia de la redamante Dª. María, contra JOYERÍA JULIO JOSÉ RODRÍGUEZ ALONSO.

SEGUNDO.- Que contra dicho laudo se interpuso en tiempo y forma recurso de anulación ante esta Audiencia Provincial de Madrid por la Procuradora D^a. Alicia Álvarez Plaza en nombre y representación de D^a. María. Se impugnó el recurso de apelación por la parte contraria, señalándose para la celebración de la vista, el día 14 de Diciembre de 2006.

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. María interpone demanda de anulación contra el laudo emitido por la Junta Arbitral de Consumo de Madrid el 22 Febrero 2006 en el arbitraje solicitado por la ahora demandante sobre el arreglo de una pulsera de su propiedad encargado a la Joyería Julio y con cuyo resultado expresó su desacuerdo, planteamiento recogido en dicho laudo que finalmente desestimaba la pretensión de la Sra. María.

SEGUNDO.- Formulada la presente demanda conviene puntualizar que las alegaciones de la demandante se centran en expresar nuevamente su disconformidad con lo resuelto reiterando su opinión sobre el incorrecto arreglo de su pulsera por parte de la joyería a quien encargó la reparación de este objeto. Ahora bien; principio impuesto sobre la función jurisdiccional en el enjuiciamiento de estas cuestiones es que como recuerda, entre otros muchos, el Auto de esta misma Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de Junio de 2005 , los Tribunales no pueden entrar a resolver las materias sometidas a arbitraje, de manera que a la vista del Laudo debe establecerse: primero, que en su fundamentación se razona la improsperabilidad de las alegaciones del reclamante destacándose el examen de las relaciones contractuales en función de las pruebas aportadas y segundo, que siguiendo su proceso de consideraciones, los árbitros se pronuncian tras la observancia de principios de audiencia y defensa, rectores del procedimiento. Dado que ahora se reproducen los términos de la discrepancia, ello equivale a cuestionar el propio fondo del Laudo. La conclusión de todo lo expuesto es que el Arbitraje y el laudo que se impugna es ajustado a Derecho y abundando en la doctrina y jurisprudencia aplicables (S.S.A.P. Madrid 29 de Abril y 29 de Noviembre de 2005) ha de tenerse en cuenta que el procedimiento de anulación no sitúa al Tribunal en la misma posición en que se encontraba el árbitro de forma que al Tribunal competente para conocer de aquél no le es dable revisar en términos de legalidad ordinaria, la prueba y su valoración porque esta es una cuestión que atañe al fondo del asunto y que excede de los motivos tasados que se recogen y se recogían en los respectivos artículos 41 y 45 de la actual y antigua Ley de Arbitraje .

En consecuencia, partiendo de la base de que el laudo que se impugna expresa el objeto, hechos, referencia a las pruebas y decisión final se está en el caso de declarar que se cumplen los requisitos por lo que debe desestimarse la demanda.

TERCERO.- De acuerdo con el art. 394 de la LEC las costas del procedimiento deben imponerse al demandante.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que desestimando la demanda formulada por D^a. María declaramos ajustado a Derecho Laudo Arbitral de esta litis; con imposición de las costas al demandante.

Notifíquese la presente resolución a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma puede ser susceptible de recurso de casación o de recurso extraordinario por infracción procesal, debiendo preparar cualquiera de ellos mediante escrito en el plazo de cinco días siguientes a la notificación ante esta Sala que la dicta.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-

Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.

Addendum 12.

Registro No. 162221

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXXIII, Mayo de 2011

Página: 1018

Tesis: I.3o.C.934 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

ARBITRAJE. ES UNA INSTITUCIÓN CONVENCIONAL PARA RESOLVER LITIGIOS MEDIANTE UN LAUDO.

El arbitraje es una institución que nace del pacto expreso de dos o más partes para resolver las controversias que surjan o hayan surgido, mediante un procedimiento legal o específico que

debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, atribuyendo a un tercero la facultad de resolver el litigio existente mediante un laudo, que tendrá fuerza vinculatoria para ambas partes, como si hubiera resuelto un Juez del Estado; por la voluntad de las partes el tercero se convierte en Juez de esa controversia específica, cuya facultad queda limitada a resolver sobre lo que se le encomienda y que no está reservado al Juez estatal. El árbitro realiza una actividad materialmente jurisdiccional, pero carece de imperium para ejecutar, por lo que debe ser auxiliado por el órgano estatal. El arbitraje es de naturaleza convencional, porque se finca en la autonomía de la voluntad, con sustento en la libertad contractual de las partes, solamente que su objeto específico es otorgar facultades a un tercero para resolver una controversia que puede ser sustraída del ámbito jurisdiccional estatal; de modo que por su propia finalidad el pacto arbitral necesariamente contiene o remite a un procedimiento. El laudo que se dicta es materialmente un acto jurisdiccional, que resulta vinculatorio para las partes contendientes, puesto que se sometieron a la decisión de un tercero en ejercicio de la autonomía de su voluntad, que ha sido libre in causa, lo que le confiere fuerza de obligar. El artículo 1416, fracción II, del Código de Comercio define al arbitraje como cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010.

Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

Addendum 13.

Registro No. 166504

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXX, Septiembre de 2009

Página: 432

Tesis: 1a. CLXIV/2009

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

ARBITRAJE. SU CONCEPTO GENÉRICO Y SU FINALIDAD.

El concepto genérico de "arbitraje" (vocablo que proviene del latín *ad*iter, formado por la preposición *ad*, y *arbitr*, que significa "tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia") se refiere al proceso de solución de conflictos -distinto a la jurisdicción estatal- mediante el cual se dirimen controversias entre intereses particulares y surge de sus voluntades, las que se expresan en un compromiso por medio del cual prefieren concordar sus entredichos con base en el consejo o avenencia de otra persona de su confianza (física o colectiva) a la que regularmente se le llama "árbitro", "avenidor" o "arbitrador", en cuyas manos las partes eligen colocar voluntariamente la respuesta al problema que las enfrenta, buscando lograr así el esclarecimiento del conflicto con una decisión práctica y sustancialmente diversa de la jurisdicción, que proviene de la autodeterminación de las sociedades que deciden entregar al Estado la potestad pública de tutelar los conflictos intersubjetivos en juicios. Desde esta perspectiva, el arbitraje, en principio, no supone la solución de diferencias mediante el proceso jurisdiccional sino a partir de la voluntad, destacando que aun cuando la competencia de los tribunales arbitrales no está determinada por la ley, finalmente así debe estimarse indirectamente en la medida en que el acuerdo para comprometer en árbitros una problemática tendrá que hacerse mediante un compromiso que deberá ajustarse a las leyes aplicables, por lo que la competencia arbitral tiene en cierta forma un origen legal y, por ende, está supeditada a la legalidad y en última instancia, a través de ésta, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Amparo en revisión 131/2009. Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.

Addendum 14.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Sentencia de 6 Oct. 2009, rec. C-40/2008

Ponente: Tizzano, A..

Nº de Recurso: C-40/2008

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Contratos celebrados con los consumidores. Cláusula arbitral abusiva. Nulidad. Ejecución forzosa de laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor. Competencia del órgano jurisdiccional nacional que conoce de la demanda de ejecución forzosa para apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula. Operatividad de los principios de equivalencia y de efectividad.

El TJCE resuelve la cuestión prejudicial planteada respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme relativo al pago de determinadas cantidades adeudadas en ejecución de un contrato de abono de telefonía móvil.

TEXTO

En el asunto C-40/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao, mediante resolución de 29 de enero de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de febrero de 2008, en el procedimiento entre

Asturcom Telecomunicaciones, S.L.

y

Cristina Rodríguez Nogueira,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y los Sres. M. Ilešič, A. Tizzano (Ponente), E. Levits y J.-J. Kasel, Jueces;

Abogado General: Sra. V. Trstenjak;

Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Asturcom Telecomunicaciones, S.L., por la Sra. P. Calderón Plaza y el Sr. P. García Ibaceta, abogados;

- en nombre del Gobierno español, por el Sr. J. López-Medel Báscones, en calidad de agente;

- en nombre del Gobierno húngaro, por las Sras. K. Veres y R. Somssich, y el Sr. M.Z. Fehér, en calidad de agentes;

- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. W. Wils y R. Vidal Puig, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de mayo de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial trata sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29).

2. Dicha petición se presentó en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme en el que eran partes la sociedad Asturcom Telecomunicaciones, S.L. (en lo sucesivo, «Asturcom») y la Sra. Rodríguez Nogueira, relativo al pago de determinadas cantidades adeudadas en ejecución de un contrato de abono de telefonía móvil que dicha sociedad había celebrado con esta última.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone:

«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

4. A tenor del artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva:

«Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.»

5. El anexo de la Directiva incluye una lista indicativa de cláusulas que pueden declararse abusivas. Entre ellas figuran, en el punto 1, letra q), de dicho anexo, las cláusulas que tengan por objeto o por efecto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante».

Normativa nacional

6. En Derecho español, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984; en lo sucesivo, «Ley 26/1984») garantizaba inicialmente la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas.

7. La Ley 26/1984 fue modificada mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998; en lo sucesivo, «Ley 7/1998»), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

8. La Ley 7/1998 añadió a la Ley 26/1984, entre otras disposiciones, un artículo 10 bis, que, en su apartado 1, establece que «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley. [...]».

9. El artículo 8 de la Ley 7/1998 dispone:

«1- Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2- En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984 [...].»

10. En la fecha de los hechos que dieron lugar al procedimiento principal, el procedimiento arbitral estaba regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003; en lo sucesivo, «Ley 60/2003»).

11. El artículo 8, apartados 4 y 5, de la Ley 60/2003, disponía:

«4- Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...].

5- Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado.»

12. El artículo 22, apartados 1 y 2, de dicha Ley establecía:

«1- Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que dedare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

2- Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito.

Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.»

13. El artículo 40 de esa misma Ley tenía la siguiente redacción:

«Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.»

14. El artículo 41, apartado 1, de la Ley 60/2003 establecía:

«El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[...]

f) Que el laudo es contrario al orden público.

[...]»

15. A tenor del artículo 41, apartado 4, de la referida Ley, la acción de anulación del laudo debía ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación.

16. El artículo 43 de la Ley 60/2003 disponía:

«El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.»

17. El artículo 44 de la misma Ley precisaba:

«La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título.»

18. El artículo 517, apartado 2, número 2, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8 de enero de 2000; en lo sucesivo, «Ley 1/2000»), dispone que los laudos o resoluciones arbitrales firmes tendrán aparejada ejecución.

19. El artículo 559, apartado 1, de la Ley 1/2000 tiene la siguiente redacción:

«El ejecutado podrá también oponerse a la ejecución alegando los defectos siguientes:

1º Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.

2º Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.

3º Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 de esta Ley.

4º Si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, la falta de autenticidad de éste.»

Litigio principal y cuestión prejudicial

20. El 24 de mayo de 2004 se celebró un contrato de abono de telefonía móvil entre Asturcom y la Sra. Rodríguez Nogueira. Dicho contrato incluía una cláusula arbitral en virtud de la cual cualquier litigio relativo a su ejecución se sometía al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (en lo sucesivo, «AEADE»). La sede de dicha institución arbitral, que no aparecía indicada en el contrato, se encuentra en Bilbao.

21. La Sra. Rodríguez Nogueira no pagó determinadas facturas y rescindió el contrato antes de haber expirado el período mínimo de abono estipulado, por lo que Asturcom inició un procedimiento arbitral contra ella ante la AEADE.

22. El laudo arbitral dictado el 14 de abril de 2005 condenó a la Sra. Rodríguez Nogueira al pago de la cantidad de 669,60 euros.

23. Comoquiera que la Sra. Rodríguez Nogueira no ejercitó acción alguna de anulación contra dicho laudo arbitral, éste adquirió firmeza.

24. El 29 de octubre de 2007, Asturcom presentó una demanda de ejecución forzosa del laudo arbitral ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao.

25. En su resolución de remisión, dicho órgano jurisdiccional hace constar que la cláusula arbitral contenida en el contrato de abono es de carácter abusivo, habida cuenta, en particular, que, en primer lugar, los gastos que para el consumidor implicaba el desplazamiento hasta la sede de la institución arbitral superaban la cantidad que era objeto del procedimiento principal. En segundo lugar, según ese mismo órgano jurisdiccional, dicha sede está situada a una distancia considerable del domicilio del consumidor y no aparece indicada en el contrato. Por último, la propia institución arbitral elabora los contratos que luego utilizan las empresas de telecomunicaciones.

26. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente pone asimismo de manifiesto que, por una parte, la Ley 60/2003 no permite a los árbitros apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas arbitrales abusivas y que, por otra parte, la Ley 1/2000 no contiene ninguna disposición relativa a la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas arbitrales por el juez competente para conocer de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme.

27. En tales circunstancias, al albergar dudas acerca de la compatibilidad de la normativa nacional con el Derecho comunitario, en particular en lo que se refiere a las normas procesales internas, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Bilbao decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Si la protección a los consumidores de la directiva 93/13 [...] puede implicar que el Tribunal que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, aprecie de oficio la nulidad del convenio arbitral y en consecuencia anule el laudo por estimar que dicho convenio contiene una cláusula arbitral abusiva en perjuicio del consumidor.»

Sobre la cuestión prejudicial

28. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en lo sustancial, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, debe apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor y anular el laudo.

29. Para responder a la cuestión planteada, procede recordar en primer lugar que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, apartado 25, y de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. p. I-10421, apartado 25).

30. Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencias Mostaza Claro, antes citada, apartado 36, y de 3 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-0000, apartado 25).

31. Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha subrayado asimismo en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato (sentencias, antes citadas, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartado 27, y Mostaza Claro, apartado 26).

32. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha dedarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual (sentencia Mostaza Claro, antes citada, apartado 38).

33. El presente asunto se distingue, no obstante, del que dio lugar a la sentencia Mostaza Claro, antes citada, en que la Sra. Rodríguez Nogueira ha permanecido absolutamente pasiva durante los diversos procedimientos referentes al litigio entre ella y Asturcom, y, en particular, no ha ejercitado acción alguna dirigida a la anulación del laudo arbitral dictado por la AEADE, invocando el carácter abusivo de la cláusula arbitral, de suerte que dicho laudo ha adquirido fuerza de cosa juzgada.

34. En tales circunstancias, es preciso determinar si la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas obliga al juez que conoce del

procedimiento ejecutivo a brindar una protección absoluta al consumidor, aun cuando éste no haya ejercitado acción judicial alguna para hacer valer sus derechos y pese a las normas procesales nacionales de aplicación del principio de cosa juzgada.

35. A este respecto, interesa recordar, de entrada, la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de cosa juzgada .

36. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para el ejercicio de dichos recursos (sentencias de 30 de septiembre de 2003, Köbler, C-224/01, Rec. p. I-10239, apartado 38; de 16 de marzo de 2006, Kapferer, C-234/04, Rec. p. I-2585, apartado 20, y de 3 de septiembre de 2009, Fallimento Olimpidub, C-2/08, Rec. p. I-0000, apartado 22).

37. Por consiguiente, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del Derecho comunitario por la resolución en cuestión (véanse, en particular, las sentencias de 1 de junio de 1999, Eco Swiss, C-126/97, Rec. p. I-3055, apartados 47 y 48; Kapferer, antes citada, apartado 21, y Fallimento Olimpidub, antes citada, apartado 23).

38. A falta de normativa comunitaria en la materia, el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos. No obstante, no debe ser menos favorable que la normativa correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulado de tal manera que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véanse en particular, las sentencias, antes citadas, Kapferer, apartado 22, y Fallimento Olimpidub, apartado 24).

39. Por lo que respecta, en primer lugar, al principio de efectividad, ha de recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencias de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, C-312/93, Rec. p. I-4599, apartado 14, y Fallimento Olimpiclub, antes citada, apartado 27).

40. En el caso de autos, el laudo arbitral que es objeto del procedimiento principal adquirió firmeza porque el consumidor interesado no ejercitó una acción promoviendo su anulación dentro del plazo establecido al efecto.

41. A este respecto, interesa señalar que, según jurisprudencia reiterada, la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de

septiembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral, 33/76, Rec. p. 1989, apartado 5; de 10 de julio de 1997, Palmisani, C-261/95, Rec. p. I-4025, apartado 28, y de 12 de febrero de 2008, Kempster, C-2/06, Rec. p. I-411, apartado 58). En efecto, plazos de este tipo no hacen imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 2002, Grundig Italiana, C-255/00, Rec. p. I-8003, apartado 34).

42. Es preciso verificar, por lo tanto, el carácter razonable de un plazo de dos meses como el previsto en el artículo 41, apartado 4, de la Ley 60/2003, a cuyo vencimiento, de no haberse ejercitado una acción de anulación, un laudo arbitral pasa a ser firme, adquiriendo así fuerza de cosa juzgada.

43. En el caso de autos, procede observar, de entrada, que, como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, un plazo de sesenta días para ejercitar la acción no es, en sí mismo, criticable (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, antes citada, apartado 16).

44. En efecto, tal plazo preclusivo reviste un carácter razonable en el sentido de que permite tanto evaluar si existen motivos para impugnar un laudo arbitral como, en su caso, preparar la acción de anulación de éste. A este respecto, es importante señalar que, en el presente asunto, no se ha afirmado en absoluto que las normas procesales nacionales que regulan el ejercicio de la acción de anulación de un laudo, y en particular el plazo de dos meses señalado a tal efecto, no fuesen razonables.

45. Por otra parte, interesa precisar que, a tenor del artículo 41, apartado 4, de la Ley 60/2003, el plazo comienza a correr a partir de la notificación del laudo arbitral. Así pues, en el procedimiento principal, el consumidor no puede encontrarse en la circunstancia de que el plazo de prescripción empiece a correr, o incluso haya expirado, sin haber tenido siquiera conocimiento de los efectos que la cláusula arbitral abusiva ha podido generar para él.

46. En tales circunstancias, dicho plazo para el ejercicio de la acción resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que no imposibilita ni dificulta excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Santex, C-327/00, Rec. p. I-1877, apartado 55).

47. En cualquier caso, el respeto del principio de efectividad no puede llegar, en circunstancias como las del procedimiento principal, hasta el extremo de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no sólo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos, como en el asunto que dio lugar a la sentencia Mostaza Claro, antes citada, sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado que, como la demandada en el procedimiento principal, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la anulación del laudo arbitral que, en consecuencia, pasó a ser firme.

48. A la luz de las anteriores consideraciones, procede declarar que las normas procesales establecidas por el régimen español de protección de los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas no imposibilita ni dificulta excesivamente el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores.

49. En segundo lugar, en cuanto al principio de equivalencia, éste exige que las condiciones impuestas por el Derecho nacional para que se plantee de oficio una norma de Derecho comunitario no sean menos favorables que las que rigen la aplicación de oficio de normas del

mismo rango de Derecho interno (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y van Veen, C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I- 4705, apartados 13 y 17, y la jurisprudencia citada).

50. Para comprobar si dicho principio se respeta en el asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional, le corresponde a éste, que es el único que conoce directamente la regulación procesal de los recursos en el ámbito del Derecho interno, examinar tanto el objeto como los elementos esenciales de los recursos de carácter interno supuestamente similares (véase, en particular, la sentencia de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-78/98, Rec. p. I-3201, apartados 49 y 56). No obstante, a efectos de la apreciación que habrá de efectuar dicho órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia puede facilitarle determinados elementos relativos a la interpretación del Derecho comunitario (véase la sentencia Preston y otros, antes citada, apartado 50).

51. Pues bien, como se ha recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, hay que precisar que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 es una disposición de carácter imperativo. Debe ponerse de relieve, además, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye, conforme al artículo 3 CE, apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (sentencia Mostaza Claro, antes citada, apartado 37).

52. Así pues, dadas la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público.

53. De ello se desprende que, en la medida en que el juez nacional que conozca de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme deba, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo 6 de la citada Directiva, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (véase, en este sentido, la sentencia Pannon GSM, antes citada, apartado 32).

54. Tal obligación incumbe asimismo al juez nacional cuando, en el marco del sistema jurisdiccional interno, dispone de una mera facultad de apreciar de oficio la contrariedad de dicha cláusula con las normas nacionales de orden público (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Van Schijndel y van Veen, apartados 13, 14 y 22, y Kempter, apartado 45).

55. Pues bien, en lo que atañe al procedimiento principal, según el Gobierno español, el juez que conoce del procedimiento de ejecución de un laudo arbitral firme es competente para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional por ser tal cláusula contraria a las normas nacionales de orden público. Según dicho Gobierno, esta competencia ha sido reconocida, además, en varias sentencias recientes de la Audiencia Provincial de Madrid y de la Audiencia Nacional.

56. Por lo tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si así sucede en el litigio del que conoce.

57. Por último, en cuanto a las consecuencias de la constatación, por el juez que conoce del procedimiento de ejecución, de la existencia de una cláusula arbitral abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, debe recordarse que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros dispongan que las cláusulas abusivas no vinculen al consumidor «en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales».

58. Así pues, como ha sugerido el Gobierno húngaro en sus observaciones escritas, corresponde al órgano jurisdiccional remitente extraer, con arreglo al Derecho nacional, todas las consecuencias que la existencia de una cláusula arbitral abusiva implica con respecto al laudo arbitral, siempre y cuando dicha cláusula no pueda vincular al consumidor.

59. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula.

Costas

60. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

FALLO

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula.

Firmas

Lengua de procedimiento: español.

Addendum 15.

Registro No. 189345

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIV, Julio de 2001

Página: 1107

Tesis: I.3o.C.231 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

ÁRBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCIÓN LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES.

Para la ejecución de un laudo arbitral es preciso la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional que, sin quitarle la naturaleza privada, asume su contenido, de modo que el laudo es ejecutable por virtud del acto jurisdiccional, que sólo es el complemento necesario para ejecutar lo resuelto por el árbitro, ya que el laudo es una resolución dictada por el árbitro que dirime la controversia suscitada entre las partes, con calidad de cosa juzgada y constituye título que motiva ejecución, ante el Juez competente que debe prestar los medios procesales necesarios para que se concrete lo resuelto en el laudo. Por lo tanto, el laudo es una resolución que tiene los atributos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad, sólo que la eficacia y realización concreta de lo condenado quedan siempre al Juez competente designado por las partes o el del lugar del juicio. El árbitro carece de la facultad de hacer cumplir, ante sí, el laudo que emitió, porque no tiene la potestad o imperium, que es uno de los atributos de la jurisdicción y que es inherente a los órganos jurisdiccionales del Estado. Ello implica que el árbitro carece de la fuerza del Estado para hacer efectiva la condena, pero el laudo en sí mismo no está despojado de los atributos de la cosa juzgada, puesto que la facultad de decidir la controversia es una delegación hecha por el Estado a través de la norma jurídica, y sólo se reserva la facultad de ejecutar. El Juez ante quien se pide la ejecución de un laudo dictado por un árbitro, para decretar el requerimiento de pago, únicamente debe y puede constatar la existencia del laudo, como una resolución que ha establecido una conducta concreta, inimpugnable e inmutable y que, por ende, debe provenir de un procedimiento en el que se hayan respetado las formalidades esenciales del procedimiento, y que no sea contrario a una materia de orden público.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1303/2001. Constructora Aboumrad Amodio Berho, S.A. de C.V. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lina Sharai González Juárez.

Nota: Por ejecutoria de fecha 26 de octubre de 2001, la Segunda Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 14/2001-PL en que participó el presente criterio.

Addendum 16.

Registro No. 222960

Localización:

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

VII, Mayo de 1991

Página: 229

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

LAUDO ARBITRAL, TRAE APAREJADA EJECUCION, AUN CUANDO SE DICTE POR UN ARBITRO PARTICULAR.

Aun cuando de los artículos 443 y 444 del Código de Procedimientos Civiles, no se desprende que los laudos arbitrales privados traen aparejada ejecución, no puede determinarse que realmente no la traigan, en virtud de que si el artículo 633 de ese ordenamiento legal preceptúa que una vez notificado el laudo se pasarán los autos al juez ordinario para su ejecución, sin que precise ningún requisito para que el laudo sea ejecutable, es obvio que el mismo trae aparejada ejecución y no es necesario que se tramite algún incidente para tal efecto; viene a reforzar lo antes considerado el hecho de que el artículo 504 del Código de referencia establece que la ejecución de sentencias arbitrales, de convenios celebrados ante la Procuraduría Federal del Consumidor y de los laudos dictados por ésta, se hará por el juez competente, toda vez que se infiere que no sólo los laudos dictados por esa Procuraduría traen aparejada ejecución sino que también los dictados por árbitros particulares.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 328/91. Angela Canejo Avila. 18 de abril de 1991. Unanimidad de votos.

Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Miguel Vélez Martínez.

Addendum 17

Registro No. 166508

Localización:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXX, Septiembre de 2009

Página: 430

Tesis: 1a. CLXXIII/2009

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

ARBITRAJE COMERCIAL NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN SON PROCEDIMIENTOS JUDICIALES RELACIONADOS CON LOS LAUDOS ARBITRALES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1422, 1457 A 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

Una vez dictados, los laudos arbitrales podrán ser objeto de estudio por la autoridad judicial cuando se promuevan los procedimientos de nulidad (artículos 1422 y 1457 a 1460), reconocimiento y ejecución (artículos 1460 a 1462). La nulidad es una vía de naturaleza procesal interdictal especial (la ley la denomina "incidental") que se sustancia a petición de parte ante la potestad judicial y tiene por objeto anular el laudo cuando se presente algún motivo para ello, y de resultar procedente, el fallo arbitral quedará sin efectos a partir de la fecha que así lo declare el juez competente (común o federal, a elección del actor y por efectos de la jurisdicción concurrente) aunque dicho laudo también puede quedar parcialmente nulificado y, en consecuencia, sujeto a los términos de la resolución de nulidad que dicte el juez que conozca del procedimiento. El reconocimiento de laudo arbitral es el acto formal realizado por la autoridad judicial que lo declara como final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes, el efecto de este procedimiento jurisdiccional es el de darle efectos jurídicos a los resolucivos de un laudo, aunque ello no involucre su ejecución activa, concepto que deriva de la noción de que existen diferencias entre el reconocimiento del laudo y su ejecución, es decir, un laudo puede ser reconocido sin ser ejecutado, pues éste puede ser aportado a un juicio como prueba de que una controversia sobre la que versa ya representa cosa juzgada (*res judicata*) y, por ende, no sería necesario volver a litigar el asunto; así como también puede ser reconocido para aportarse como prueba y fundamento de la compensación. Por último, la ejecución de un laudo es el medio para que se materialicen los efectos de lo resuelto, incluso coactivamente y aun contra la voluntad de las partes comprometidas a cumplirlo; constituye el mecanismo por virtud del cual mediante la intervención judicial y con la posible utilización de la fuerza pública se conmina a materializar y consumir hasta sus últimas consecuencias los efectos del fallo arbitral. Además, el conocimiento de esta vía corresponde al juez del orden común o federal con jurisdicción territorial en el domicilio del demandado o, en su defecto, en el de ubicación de los bienes que serán objeto de la ejecución.

Amparo en revisión 131/2009. Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.

Addendum 18

Registro No. 162029

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXXIII, Mayo de 2011

Página: 1261

Tesis: I.3o.C.955 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

PROCEDIMIENTO ARBITRAL. PUEDEN DICTARSE LAUDOS INTERLOCUTORIOS O DEFINITIVOS SEGÚN LO PACTADO POR LAS PARTES EN LA CLAÚSULA ARBITRAL O ACTA DE MISIÓN O POR LO PREVISTO POR LA LEY.

El texto del artículo 1432 del Código de Comercio prevé la posibilidad de que el tribunal arbitral dicte un laudo interlocutorio cuando se trata de un aspecto que tiene que ver con la posibilidad de dar fin al arbitraje en razón de definir la admisibilidad de la demanda, la cosa juzgada, la competencia del tribunal arbitral, con la salvedad de que el tribunal arbitral podrá decidir, desde luego o en el laudo que resuelva el fondo del asunto, las excepciones de incompetencia o de que ha excedido su mandato. Las partes pueden sujetarse a otras reglas de arbitraje, en las que se estipula la emisión de dos tipos de laudos, como son el interlocutorio y el de fondo, de lo cual resulta que si no se está en los casos en que el tribunal esté facultado por las partes o por las normas aplicables al procedimiento, como las reglas de arbitraje y el Código de Comercio, para resolver la controversia separadamente, todos los puntos controvertidos deben resolverse en el laudo de fondo o final. Esto es así, porque lo que se privilegia es la autonomía de la voluntad de las partes de sujetar todas las controversias que deriven del contrato supracitado al arbitraje, de modo que si éstas no señalaron alguna limitante al tribunal arbitral sobre cómo debe resolverse la controversia, este último, conforme a las reglas pactadas será resuelto por el tribunal arbitral de modo completo y definitivo, se parte de la regla de que el tribunal arbitral tiene facultad para resolver libremente la cuestión planteada si no hay limitación o restricción a su facultad decisoria, ni sobre la manera procedimental para ejercerla o concluirla, por la ley o las partes, y debe destacarse que lo fundamental es la resolución de la controversia de modo definitivo. Es decir, a través de la cláusula arbitral e inclusive a través del acta de misión las partes pueden conferir poder al tribunal arbitral sin restricción, para resolver definitivamente la controversia y con ello se entienden concedidos todos los poderes para hacerlo. Además, es cierto que la práctica del arbitraje ordinaria indica que cuando las partes desean resolver una controversia de modo separado, de manera anterior o posterior al laudo definitivo, así lo pactan en la cláusula arbitral, porque se entiende que la potestad que se concede al árbitro para resolver la controversia surgida es integral, salvo pacto en contrario.

BIBLIOGRAFÍA

I.MONOGRAFÍAS Y OBRAS HOMENAJE

II.PUBLICACIONES PERIÓDICAS

I. Monografías.

AGUILAR ÁLVAREZ, Guillermo, *“El Título Cuarto del Código de Comercio mexicano y la Legislación comparada en materia de arbitraje comercial internacional”*, Centenario del Código de Comercio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1991.

AJANI, Gianmaria, ANDERSON, Miriam, ARROYO AMAYUELAS, Esther y PASA, Barbara, *“Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales”*, Universitat, UE, 2010.

ALBADEJO, Manuel, *“Derecho Civil II: Derecho de las Obligaciones”*, Vol. I, 10ª edición, Bosch Editor, Barcelona, 1997.

ÁLVAREZ, Gladys S., HIGHTON, Elena I. y JASSAN, Elías. *“Mediación y justicia”*, Depalma, Argentina, 1996.

ALLIENDE LUCO, Leonor, BURGOS PIZARRO, Jorge, CORREA CAMUS, Paula y PÉREZ CASTILLO, Sandra, *“El proceso de mediación”*, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2002.

ÁNCHEZ BRIGAS, Enrique, *“Derecho Constitucional”*, 10ª edición, Porrúa, México, 2006.

ARMENTA DEU, Teresa, *“Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales”*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.

ARNAUD, Andre-jean y FARIÑAS DULCE, María José, *“Sistemas jurídicos elementos para un análisis sociológico”*, 2ª edición, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.

AZAR MANZUR, Cecilia, (comp.) et. al., *“Manual de arbitraje comercial”*, Porrúa, México, 2004.

- LOPERENA RUIZ, CARLOS Y GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *“El procedimiento arbitral”*.

AZÚA REYES, Sergio T., *“Teoría General de las Obligaciones”*. 5ª edición, Porrúa, México, 2007.

BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan, *“Contratos y testamentos”*, Tomo II, Sista, México, 2002.

BARONA VILAR, Silvia (coord.), *“Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre).”*, Aranzadi, Madrid, 2004.

- BARONA VILAR, Silvia. *“Art. 41. Motivos”*.

- BECERRA RAMIREZ, Manuel, *“Derecho Internacional Público”*, McGraw-Hill, México, 1997.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, CRUZ BARNEY, Óscar, GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ORTIZ AHLF, Loretta (Coords.), *“Obra Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes”*, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008.
- ROBLES FARÍAS, Diego. *“El comercio y la firma electrónica”*.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *“Obligaciones civiles”*, 5ª edición, Oxford, México, 2000.
- BĚLOHLÁVEK, Alexander J., *“Arbitration, ordre public and Criminal Law”*. Vol. I, Taxon, Ukraine, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *“Comentarios a la Ley de Arbitraje”*, Tecnos, Madrid, 1991.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *“De la anulación del laudo”*.
- BOFFI BOGGERO, Luis María, *“Tratado de las obligaciones”*, Tomo 1, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- BONNECASE, Julien, *“Tratado elemental de Derecho Civil”*, Biblioteca clásicos del Derecho, Oxford, México, 1999.
- BOQUÉ TORREMORELL, Maria Carme, *“Cultura de mediación y cambio social”*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- BORDA, Guillermo A., *“Tratado de Derecho Civil”*, Tomo II, 8ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1998.
- BORJA SORIANO, Manuel, *“Teoría General de las Obligaciones”*, 21ª edición, Porrúa, México, 2009.
- BOUEIRI BASSIL, Sonia, *“Contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos”*, Dickinson, Madrid, 2010.
- AMÉRICO ROBLES, Diego, *“Concepto de acceso a la justicia, evolución, vigencia y actualidad”*.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, et. al., *“Obra Homenaje al profesor Luis Diez-Picazo, Tomo II: Derecho Civil de Obligaciones”*, Aranzadi, Madrid, 2003. pp. 3007-3008.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, *“ACB de la transacción”*.

- CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo y PADILLA Roberto E., *"Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997
- CALCATERRA, Rubén A., *"Mediación estratégica"*, Gedisa, Barcelona, 2006.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *"Práctica procesal civil internacional: formularios comentados textos legales, jurisprudencia y casos prácticos"*, Comares, Granada, 2001.
- CANTAURIAS SALAVERRY, Fernando, *"Arbitraje comercial y de las inversiones"*, UPC, Lima, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARRTH, Bryant, *"El acceso a la justicia: tendencia mundial para hacer efectivos los derecho"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- CAPITANT, Henri, *"De la causa de las obligaciones"*, Editorial Góngora, Madrid.
- CARAM, María Elena, EILBAUM, Diana Teresa y RISOLÍA, Matilde, *"Mediación diseño de una práctica"*, Librería Editorial Histórica, Buenos Aires, 2006.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *"Derecho Civil español, Común y Foral"*, Tomo III, 16ª edición, Reus S.A., Madrid, 1992.
- CASTANEDO ABAY, Armando, *"Mediación: alternativa para la resolución de conflictos"*, Advocatus, Córdoba, 2000.
- CASTILLO FREYRE, Mario (edit.), *"Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje"*. Tomo 5, Editorial Palesta, Lima, 2008. p. 145.
- DÍAZ-BASTIEN, Ernesto. *"La ejecutabilidad del laudo extranjero"*.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *"Contratos civiles"*, Porrúa, México, 2007.
- CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Feliz A., *"Compendio de Derecho de las Obligaciones"*. Tomo 1, 2ª edición, Editora platense, La Plata, 1998.
- CÉLICE, Raymond, *"El error en los contratos"*, Ediciones Góngora, Madrid.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *"Curso de Derecho Procesal Civil"*, Harla, México, 1997.
- CLARE GONZÁLEZ-REVILLA, Miguel Ángel, *"Mediación y conciliación"*, Booksurge, Panamá, 2005.

- COLAIÁCOVO, Juan Luis, *“Negociación moderna teoría y práctica: aplicaciones a contratos comerciales, domésticos e internacionales, conflictos organizacionales y negociación colectiva del trabajador”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.
- CONTRERAS VACA, Francisco José, *“Derecho Internacional Privado parte general”*, 4ª edición, Oxford, México, 2004.
- CORDÓN MORENO, Faustino, *“El arbitraje de Derecho Privado: estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje”*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *“Derecho Procesal Civil parte especial”*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- COUTURE, Eduardo J., *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*, 3ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 1958.
- CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *“International Chamber of Commerce Arbitration”*, 2ª edición, Oceana Publications, París, 1990.
- CREMADES, Bernardo M., *“Panorámica Española del Arbitraje Comercial Internacional”*, Marcial Pons, Madrid, 1975.
- CRUZ BARNEY, Óscar y CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *“El Arbitraje, diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México”*, Porrúa, México, 2004.
- CUARTERO RUBIO, Mª Victoria, *“El recurso de anulación contra al laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional”*, Eurolex, Madrid, 1997.
- DE DIEGO, Clemente F., *“Instituciones de Derecho Civil español”*, Tomo II, Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959.
- DE LA PEZA, José Luis, *“De las obligaciones”*, 4ª edición, Porrúa, México, 2006.
- DE LA PLAZA, Manuel, *“Derecho Procesal Civil español”*, Vol. II, segunda parte, 3ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *“Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil”*, Aranzadi, Navarra, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *“Derecho Procesal Civil, ejecución forzosa, procesos especiales”*, 3ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago, *“Comentario a la Ley de Arbitraje”*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *“De la anulación y de la revisión del laudo (arts. 40-43)”*.

DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *“A guide to the ICC Rules of Arbitration”*, 2ª edición, Kluwer Law International, Netherlands, 2005.

DIEZ DE VELAZCO, Manuel, *“Instituciones de Derecho Internacional Público”*. 11ª edición, Tecnos, 1997.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *“Derecho Procesal Civil, proceso concursal, arbitraje”*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *“Instituciones de Derecho Civil”*, Volumen I/2, 2ª Edición, Tecnos, 1998, Madrid.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *“Derecho Civil: contratos”*, Porrúa, México, 2000.

DUPUIS, Juan Carlos G., *“Mediación y conciliación”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

ESCRICHE, Joaquín, *“Diccionario razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense”*, Imprenta de J. Ferrel de Orga, Valencia, 1838.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *“Derecho comercial y económico: contratos parte especial”*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1995.

FERNÁNDEZ-GALLANO, Antonio, *“Derecho Natural”*, Editorial Universitas, España, 1991.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis Fernando y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *“Derecho Mercantil Internacional”*, Tecnos, 2ª edición. Madrid 1995.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *“Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina”*, Iustel, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael y DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto, *“DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES”*, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2011. pp. 351-352.

FERRARI, Vincenzo, *“Acción jurídica y sistema normativo: introducción a la sociología jurídica”*, Dykinson, Madrid, 2000.

FISAS, Vicenç, *“Procesos de paz y negociación en conflictos armados”*, Paidós, Barcelona, 2004.

- FRIEDLAND, Paul D., *“Arbitration clauses for international contracts”*, 2ª edición, Juris Publishing, Inc USA, 2007.
- FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *“Mediación, resolución de conflictos sin litigio”* Limisa, México, 1992.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *“Derecho Civil”*, 19ª edición, Porrúa, México, 2000.
- GAMBIERÍ LLOBREGAT, José, *“El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”*, Aranzadi, Madrid, 2003.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *“La reforma penal Constitucional, Porrúa, México, 2008.*
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel, *“La Protección de las Inversiones”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GARZA GARCÍA, Cesar Carlos, *“Derecho Constitucional mexicano”*, Mc.Graw-Hill, México, 1997.
- GAVALDA, Christian y LUCAS DE LEYSSAC, Claude. *“L’arbitrage”*. Dalloz, París, 1993.
- GHERSI, Carlos Alberto, *“Contratos civiles y comerciales”*, Tomo 1, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, *“La conciliación extrajudicial y la amigable composición”*, Temis, Bogotá, 2003.
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, *“Nuevo régimen de arbitramento manual práctico”*. 2ª edición, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2002.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *“El proceso civil”*, 4ª edición, Editorial Forum, Oviedo, 2005.
- GONZAÍNI, Osvaldo, A., *“Formas alternativas para la resolución de conflictos”*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, *“Arbitraje”*, Porrúa, México, 2008.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *“El árbitro”*, Porrúa, México, 2008.
- GONZÁLEZ-CAPITEL MARTÍNEZ, Celia María, *“Manual de mediación”*, Ateler, Barcelona, 1999.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *“Derecho Procesal Civil”*, Bosch, Barcelona, 1999.
- GONZALÉZ SORIA, Julio (coord.), *“Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre”*, Aranzadi, Navarra, 2004.

- ALONSO PUIG, José María, *“Artículo 15. Nombramiento de árbitros”*.

GONZÁLEZ SORIA, Julio, *“Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre”*, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2011.

- HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio y HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *“Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo”*.

GONZALO QUIROGA, Marta (coord.), *“Métodos alternos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar”*, Dickinson, Madrid, 2006.

- CHILLÓN MEDINA, José María, *“Visión del arbitraje internacional: de la regulación unitaria a la consideración de un ordenamiento singular”*.
- FAJARDO MARTOS, Paulino, *“Estrategia y mediación”*.
- GONZALO QUIROGA, Marta, *“Situación actual del arbitraje en España como método alternativo de solución de conflictos”*.

GONZALO QUIROGA, Marta, *“Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial. Arbitrabilidad y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional”*, Dykinson, Madrid, 2003.

GONZALO QUIROGA, Marta, GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. (Edits.) y SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo (Coord.), *“Métodos alternativos de solución de controversias: herramientas de paz y modernización de la justicia”*, Dickinson, España, 2011.

- GONZALO QUIROGA, Marta, *“Métodos alternos: una Justicia más progresista y universalizadora”*.
- FRIEL, Steven, *“The European Mediation Directive”*.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco, *“Arbitraje comercial y ejecución de laudos”*, McGraw-Hill, 2001, México.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (Edit.), CARDOZA MOYRON, Rubén y STEELE GARZA, José Guadalupe (Coords.), *“Mediación y arbitraje, Leyes comentadas y concordadas del Estado de Nuevo León”*, Porrúa, México, 2009.

- MEREMINSKAYA, Elina, *“Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional en la práctica legislativa contemporánea”*.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. y SÁENZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia, “*Métodos alternos de solución de controversias enfoque educativo por competencias*”, 2ª edición, Editorial Patria, México 2009.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. y STEELE GARZA, José G., “*Métodos alternativos de solución de conflictos*”, Oxford, México, 2008.

GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, “*El Arbitraje Comercial*”, Themis, México, 2000.

GRIFFORD, Donald G., “*Legal negotiation: theory and applications*”, West Group, USA, 1989.

GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, “*Derecho Procesal Civil tomo I: introducción y parte general*”, 7ª edición, Aranzadi, España, 2004.

GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro, “*Derecho Procesal Civil Tomo II: procesos especiales y jurisdicción voluntaria*”, 4ª edición, Aranzadi, España, 1998.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Dir.) y MATEO SANZ, Jacobo B. (Coord.), “*Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*”, Lex Nova, Valladolid, 2004.

- MALUQUER DE MOTES I BENET, Carlos J., “*Artículo 1. Ámbito de aplicación*”.
- LETE ACHIRICA, Javier. “*Artículo 40. Acción de anulación del laudo*”.
- VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña. “*Artículo 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal*”.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, “*Derecho de las obligaciones*”, 14ª edición, Porrúa, México, 2002.

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (Dir.), “*Justicia: poder y servicio público*”, Centro de Documentación Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007.

- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel, “*Alternativas no jurisdiccionales a la resolución de litigios*”

HERDEGEN, Matthias, “*Derecho Económico Internacional*”, Aranzadi, Navarra, 2003.

HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ Gladys S., *“Mediación para resolver conflictos”*, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coord.), *“Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre”*, 2ª edición, Grupo Difusión, Madrid, 2008.

- COSTA GARCÍA, Mercedes, *“Negociación”*.
- FORTÚN COSTEA, Alberto, *“Artículo 37. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo”*.
- GALEOTE MUÑOZ, María Pilar, *“Mediación”*.

JARAMILLO ZULETA, León José, *“La conciliación en el procedimiento civil”*. Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2005

JUNCO VARGAS, José Roberto, *“La conciliación aspectos sustanciales y procedimentales y en el sistema acusatorio”*, 5ª edición, Temis, Bogotá, 2007.

KOVACH, Kimberlee K., *“Mediation: principles and practice”*, 2ª edición, West Group, St. Paul, Minn. 2000.

LAFONT PIANETTA, Pedro, *“Manual de contratos”*, Tomo II, Ediciones Librería Profesional, Bogotá, 2001.

LASARTE, Carlos, *“Principios de Derecho Civil II: Derecho de las Obligaciones”*, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2002.

LEÓN TOVAR, Soyla H., *“Contratos mercantiles”*, Oxford, México, 2004.

LEWICKI, Roy J., SAUNDERS, David M., BARRY, Bruce, *“Negotiation”*, 5ª edición, McGraw-Hill, Singapore, 2006.

LÓPEZ BARBA, ELENA Mª, *“El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento”*, Laborum, Murcia, 2001.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *“Manual de Derecho de Arbitraje”*, Dykinson, Madrid, 1997.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *“Manual de garantías jurisdiccionales y procesales del Derecho. Organización judicial y principios rectores del proceso”*, Dikinson, Madrid, 1998.

- MANTILLA SERRANO, Fernando, *“Ley de Arbitraje una perspectiva internacional”*, Iustel, Madrid, 2005.
- MARLET, Juan, *“Manual de negociación y mediación: negociaciones empresariales eficaces para juristas y directivos”*, 2ª edición, Colex, Madrid, 2001.
- MARTÍN DIZ, Fernando, *“La mediación: sistema complementario de administración de justicia”*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación judicial, Madrid.
- MELGAR ADALID, Mario, RUIZ MASSIEU, José Francisco y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (Coords.), *“La rebelión en Chiapas y el Derecho”*, UNAM, México, Coordinación de Humanidades e Instituto de de Investigaciones Jurídicas. 1994.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando (Dir.), *“Curso de Derecho Arbitral”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MONTERO ESTÉVEZ, Juan Ramón, *“Convenio arbitral: efectos. declinatoria”*.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María. *“Tratado de Derecho Arbitral”*. 3ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2006.
- MESSINEO, Francesco, *“Doctrina general del contrato”*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986.
- MICHELI, Gian Antonio, *“Proceso de ejecución”*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970.
- MOGUEL CABALLERO, Manuel, *“Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales”*, 2ª Edición, Porrúa, México, 2004.
- MONTERO ARROCA, Juan, GÓMEZ, COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *“El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MONTERO ZENDEJAS, Daniel, *“Derecho Constitucional comparado”*, Porrúa, México, 2006
- MORENO PINO, Ismael, *“Derecho y diplomacia en las relaciones interamericanas”*, Secretaria de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (coord.), *“Arbitraje y mediación”*, Intercontinental Editora, Asunción, 2003.

- FILÁRTIGA LACROIX, Carlos A., *“Análisis comparativo de la Ley de Arbitraje y Mediación respecto de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial”*.

MOSES, Margaret L., *“The principles and practice of international commercial arbitration”*, Cambridge University Press, New York, 2008.

MUÑOZ, Luis, *“Contratos”*, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960.

MUÑOZ, Luis, *“Teoría general del contrato”*, Cárdenas Editor, México, 1973.

ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, *“La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral”*, Comares, Granada, 2009.

ORTÍZ-URQUIDI, Raúl, *“Derecho Civil”*, 3ª edición, Porrúa, 1986, México.

PALLARES, Eduardo, *“Diccionario de Derecho Procesal Civil”*, Porrúa, México, 2003.

PARK, William W., *“Arbitration of international business disputes studies in law and practice”*, Oxford, Great Britain, 2006.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *“Contratos civiles”*, 12ª edición, Porrúa, México, 2008.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel (Comp.), *“Arbitraje comercial Internacional Doctrina Jurídica contemporánea”*, México, 2000.

- OGARRIO, Alejandro. *“El procedimiento arbitral”*.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *“Derecho Civil”*, Biblioteca clásicos del Derecho, Oxford, México, 1999.

POTHIER, R. J., *“Tratado de las obligaciones”*, Editorial Heliasta S.R.L., versión directa según la edición francesa de 1824, Brasil, 1993.

PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, *“Derecho Procesal Civil”*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1989.

PUIG BRATAU, José, *“Compendio de Derecho Civil”*, Vol. II, 3ª edición, Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PUIG PEÑA, Federico, *“Compendio de Derecho Civil español: Tomo III obligaciones”*, Vol. 1, Ediciones Nauta, Barcelona, 1966.

QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, *“Derecho de las Obligaciones”*, 2ª edición, Cadenas Editor, México, 1981.

REDFERN, Alan, HUNTER, Martín, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *“Teoría práctica del arbitraje comercial internacional”*, Aranzadi, Navarra 2006.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *“El arbitraje. El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988”*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1991.

REMIRO BROTONS, Antonio, et. al., *“Derecho Internacional”*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

ROCA AYMAR, José Luis, *“El arbitraje en la contratación Intemacional”*, ESIC, Madrid, 1994.

ROCCO, Ugo, *“Tratado de Derecho Procesal Civil II: parte General”*, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1970.

ROCHA DÍAZ, Salvador, *“Análisis de las reformas al Código de Comercio de 1989”*, Estudios jurídicos y otros estudios, Harla, México, 1991.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto E. (Coord.), *“Estudios en honor del Doctor Luis Recaséns Siches”*, Vol. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1987.

- LORETO, Luis. *“Contrato revocatorio y retroactividad convencional”*.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, DE LA PRADA ROFRÍGUEZ, Mercedes (Dirs.) y Carabante Muntada, José María (Coord.), *“La Mediación: presente, pasado y futuro de una Institución Jurídica”*, Netbiblo, La Coruña, 2010.

- HERNÁNDEZ PRADAS, Sonia. *“La Mediación en los conflictos internacionales”*.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia y WÖSS, Herfried, *“Arbitraje en materia de inversiones”*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UMAN. 2010.

- DÍAZ, Luis Miguel. *“Negociación y conciliación como medios para la resolución de conflictos de inversión y comercio en el Derecho Internacional”*.

ROGEL VIDE, Carlos, *“Derecho de las obligaciones y contratos”*, 2ª edición, Bosch Editor, Barcelona, 1999.

- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *"Compendio de Derecho Civil: contratos"*, Tomo IV, 32ª edición, Porrúa, México, 2008.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *"Compendio de Derecho Civil: obligaciones"*, Tomo III, 28ª edición, Porrúa, México, 2009.
- RUBEN, Alan Miles (Edit.), *"Elkouri & Elkouri: How arbitration works"*, 6ª edición, BNA Books, United States of America, 2003.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *"Contratos civiles"*, 12ª edición, Porrúa, México, 2008.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *"Derecho Civil"*, Biblioteca clásicos del Derecho, Oxford, México, 1999.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción (Coord.), *"La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El Estatuto del Mediador un programa para su regulación"*, Aranzadi, España, 2008.
- HINOJAL, Silvia, ORTUÑO, Pascual, y PÉREZ SALAZAR, Margarita, *"La mediación en el ámbito de los procesos de familia"*.
- SALCEDO VERDUGA, Ernesto, *"El arbitraje: justicia alternativa"*, Librería Jurídica ONI, Guayaquil, 2001.
- SÁNCHEZ BRIGAS, Enrique, *"Derecho Constitucional"*, 10 edición, Porrúa, México, 2006.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *"De los contratos civiles"*, 11ª edición, Porrúa, México, 2004.
- SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA, Jorge A., *"Cláusula"*, en *"Diccionario Jurídico Mexicano"*, Tomo I, 12ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 1998.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *"La contratación privada"*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *"Derecho Internacional Público"*, 19 edición, Porrúa, México, 2001.
- SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, *"Contratos civiles, teoría general y análisis en particular de sus diversas clases"*, 2ª edición, Lazcano Garza Editores, México, 2004.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *"Federalismo y sistemas de competencias legislativas"*, en HERNÁNDEZ, Antonio María (Coord.) y VALADÉS, Diego (Coord.), *"Estudios Sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos homenaje a Pedro J. Frías"*, México, UNAM, 2003.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, *“Arbitraje comercial internacional en México”*, 2ª edición, Oxford, 2001, México.

SOLER MENDIZÁBAL, Ricaurte, *“El arbitraje, la conciliación y la mediación: métodos alternos de solución de conflictos”*, Imprenta Universal Books, Panamá, 2002.

SOLETO MUÑOZ, Helena (Coord.) y OTELO PARGA, Milagros (Coord.), *“Mediación y solución de Conflictos: habilidades para una necesidad emergente”*, Tecnos, Madrid, 2007.

- BUTTS GRIGGS, Thelma, *“La mediación en Norte América”*.
- OTERO PARGA, Milagros, *“Los modelos teóricos de mediación”*.
- PORTELA, Jorge Guillermo, *“Características de la mediación”*.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (Dir.) y MENDOZA MURGADO, Katty (Coord.), *“Arbitraje comercial y arbitraje de inversión: El arbitraje en el Perú y el mundo”*, Ediciones Magna, Lima, 2008.

- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *“La globalización normativa del arbitraje comercial internacional: La labor de la CNUDMI/UNCITRAL”*.

STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S (Dir.), *“Contratos, teoría general”*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1993.

SUARES, Marinés, *“Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas”*, Paidós, Buenos Aires, 2005.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *“Derecho Constitucional mexicano”*, 37ª edición, Porrúa, México, 2005.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *“Epítome de los contratos”*, McGraw-Hill, México, 1994.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *“Los contratos civiles y sus generalidades”*, 7ª edición, McGraw-Hill, México, 2008.

TWEEDDALE, Andrew y TWEEDDALE, Karen, *“A practical approach to Arbitration Law”*, Blackstone Press Limited, London, 1999.

TWEEDDALE, Andrew y TWEEDDALE, Karen, *“Arbitration of commercial disputes international and English Law and practice”*, Oxford University Press, Great Britain, 2005.

URIBE-HOLGUÍN, Ricardo, *“De las obligaciones y del contrato en general”*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 1982.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, *“Arbitraje y mediación en las Américas”*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, 2007.

- BERNAL MESA, Bibiana y RESTREPO SERRANO, Federico, *“¿Por qué en Colombia se habla de conciliación y no de mediación?”*.

VELARDE ARAMAYO, Silvia Mª (coord.), *“Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación”*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

- MARTÍN DIZ, Fernando, *“Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos”*.

VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *“Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional”*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2007.

VON TUHR, A., *“Tratado de las obligaciones Tomo II”*, Trad. W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1999.

VV. AA, *“La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York: experiencias y perspectivas”*, 40º aniversario de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Naciones Unidas, New York, 1999.

- NARIMAN, Fali S. *“La contribución de la Convención a la Mundialización del Arbitraje Comercial Internacional”*.

VV.AA, *“Teoría y metodología del Derecho, Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba: Volumen II”*, Dykinson, 2008.

- MARCOS DEL CANO, Ana Mª, *“La seguridad jurídica: su configuración actual”*.

YÁNEZ VELAZCO, Ricardo, *“Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *“Contratos civiles”*, 7ª edición, Porrúa, México, 1998.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *“Introducción al Derecho comparado”*, Oxford, México, 2002,

II. Publicaciones periódicas

AGUILAR GRIEDER, Hilda, "Arbitraje, grupos de Estados y extensión de los efectos de la cláusula arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2000.

ALCAIDE GUINDO, Cristina, "*Las soluciones posibles en el marco de la OMC para promover un acceso asequible a los medicamentos*", *Boletín Económico del ICE*, N° 2725, del 8 al 21 de abril de 2002.

ALJURE SALAME, Antonio, "*Ámbito de aplicación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional*", *Revista Internacional de Arbitraje*, Junio-Diciembre 2004, Bogotá.

ARCE JANARIZ, Alberto, "*Comentario al Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 11 de febrero de 1981*", *Revista Española de Arbitraje*, 1984.

FERRANDO BADÍA, Juan, "*La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas*", *Revista Estudios Regionales*, N°7, 1981. p. 133.

BERMÚDEZ ABREU, Yoselyn y ESIS VILLAROEL, Ivette, "*La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y su impacto en el Ordenamiento venezolano*", *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, N° 029, 2008, Colombia.

BIGGS, Gonzalo, "*El procedimiento de la solución de controversias de la OMC La experiencia en América Latina y el Caribe*", *Revista de la CEPAL*, N°86, agosto, 2006.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y J. CAIVANO, Roque, "*La nueva Ley de Arbitraje peruana*", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, Vol. VIII, 2008.

CAO, Pei, "*The origins of mediation in traditional China*", *Dispute Resolution Journal*, May 1999; 54, 2; ABI/INFORM Global.

CARBONELL, Miguel, "*El federalismo en México: principios generales y distribución de competencias*", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año 2003.

CERVANTES-BRAVO, Irina Graciela, "*Comentarios a la Ley de Arbitraje española. Ley 60/2003, 23 de diciembre*", *Vniversitas*, Núm. 115, enero-junio, 2008.

- CLIFT, Rhys, *"The phenomenon of mediation: judicial perspective and an eye on the future"*, The Journal of International Maritime Law, United Kingdom, Vol. 15, Number 6, november-december, 2009.
- CONEJERO ROOS, Cristian, *"Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica"*, Revista Internacional de Arbitraje, Enero-Junio 2006.
- CONEJERO ROOS, Cristián, *"La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo"*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 32, Nº 1, 2005.
- CORDERO MOSS, Giuditta, *"Risk of Conflict between the New York Convention and newer arbitration-friendly national legislation?"*, Stockholm Arbitration Report, Juris Publishing, 2003.
- CORDÓN MORENO, Faustino, *"Panorámica europea del arbitraje comercial internacional"*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, Nº 3.
- CREMADES, Bernardo, *"El arbitraje en la doctrina constitucional española"*, Revista del Circulo Peruano de Arbitraje, Nº1, 2006
- CREMADES, Bernardo, *"España estrena nueva Ley de Arbitraje"*, Revista Española de Arbitraje, 1988-1989.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *"Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias"*, Ars Iuris, Núm. 24, 2000.
- CUATRERO RUBIO, M^a Victoria, *"Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: vía de los convenios arbitrales"*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1996.
- DEASON, Ellen E., *"Procedural rules for complementary systems of litigation and mediation-worldwide"*, Notre Dame Law Review, Vo. 80, Issue 2.
- DERAINS, Yves, *"La neutralidad cultural del árbitro internacional"*, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, Nº2, 2007.
- DÍAZ, Soledad, ROTHSCHILD, Julie y RUANOVA, Mariela, *"El acuerdo de arbitraje comercial internacional del MERCOSUR"*, Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VI, Nº 11, 2007.
- DIEZ-PICAZO, Luis María, *"Ley Autonómica y Ley Estatal"*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, Núm. 25, Enero-Abril, 1989.

- DOUGLAS, Susan, *"Neutrality in mediation: A study of mediators perceptions"*, QUT Law and Justice Journal, Vol. 8, nº 1, 2008.
- Dispute Resolution journal, *"California: mediation and arbitration"*, Dispute Resolution journal, New York: Feb-Apr 2007, Tome 62, No 7.
- ESCOBAR-MARTINEZ, Lina Marcela, *"La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro"*, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2009.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos A. y MCNERNY, Mary, *"Aproximación a la nueva Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional"*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1986.
- ESPULGUES MOTA, Carlos, *"Reflexiones en tomo a una frustración: el Título IX de la nueva Ley Española de Arbitraje relativo a la ejecución en España de los laudos arbitrales internacionales"*, Revista Española de Arbitraje, 1988-1989.
- ESTAVILLO CASTRO, Fernando, *"Medios alternativos de solución de controversias"*. Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 26, 1996.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *"Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia"*, Derecho Privado y Constitución, Nº 19, año 3, 2005.
- FONSECA PEÑA Albero y GARCÍA ALONSO, Lorena, *"Los procesos de negociación comercial entre países: condicionante internos y externos"*, Boletín Económico del ICE, Nº 2760, del 24 de Febrero al 2 de Marzo de 2003.
- GARZA CANOVAS, Antonio, *"La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional"*, Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, año 2, Núm. 5, Mayo- Agosto, 1991.
- GIBSON, Christopher S., *"Arbitration, civilization and Public policy: seeking counterpoise between arbitral anatomy and the public policy defense in view of foreign mandatory public law"*, Suffolk University Law School, research paper Nº 09.26.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *"La nueva forma del acuerdo arbitral. Aún otra victoria del consensualismo"*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XL, Núm. 120, septiembre-diciembre de 2007.
- GONZALO QUIROGA, Marta, *"Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros"*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1999.
- GONZALO QUIROGA, Marta, *"La nuova Legge Spagnola sull'Arbitrato"*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2005.

- GUERRERO GAITÁN, Manuel, *“Tipología de los contratos de transferencia de tecnología”*, Universidad del Externado de Colombia, Revista de Propiedad Inmaterial, No 13, 2009.
- KOO, Ana K.C., *“Confidentiality of mediation communications”*, Civil Justice Quarterly, vol. 30, N° 2, 2011.
- MARTÍN OVIEDO, José María, *“El régimen constitucional de las Comunidades Autónomas”*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 18, Noviembre-Diciembre, 1980.
- MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *“Breves notas sobre el convenio arbitral”*, Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia, N° 4, 2004.
- MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *“La nueva Ley de Arbitraje peruana”*, Reforma Judicial Revista de Mexicana de Justicia”, N° 13, Enero-Junio, 2009.
- MAZZACANO, Peter J., *“Brown & Root Services v. Aerotech Herman Nelson: the continuing plight of the U.N. Sales Convention in Canada”*, Review of the Convention on Contracts of the International Sale of Goods Pace International Law Review, 2003-2004.
- MONTESINOS GARCIA, Ana, *“Los árbitros en el sistema español”*, Lima Arbitration, Revista del Circulo Peruano de arbitraje, N°2, 2007.
- MOVSESIAN, Mark L., *“International commercial arbitration and international courts”*, St. John's Legal Studies Research Paper, N°. 08-0146.
- MUTHOO, Abhinay, *“A non-technical introduction to bargaining theory”*, World Economics, Vol. 1, Num. 2, April-June 2000.
- NOODT TRAQUELA, María Blanca y CÓRDOBA, Julio Cesar, *“¿En qué medida se ha eliminado la forma escrita del acuerdo arbitral en la Convención de Nueva York de 1958?”*, Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, Vol. VIII, 2008.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *“Modalidades Alternativas de Resolución de Conflictos (I): El Libro Verde de la Unión Europea”*, Iuris Actualidad y Práctica del Derecho, N° 77, 2003.
- PITTI, Ulises, *“Ámbito de aplicación del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional”*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1985.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *“En torno a algunas particularidades de la Constitución Española de 1978 observaciones comparadas”*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Núm. 1, Septiembre-Diciembre, 1988.
- PRIBETIC, Antonin I, *“The third option: international commercial mediation”*, World of Arbitration & Mediation Review, Vol. 1, N° 1, 2007.

- RAY, Michael C., *"Alternative dispute resolution: the mini-trial approach"*, AACE International Transactions, 2000.
- RIPOL CARULLA, Ignacio, *"La firmeza del laudo arbitral tras las modificaciones introductorias por la Ley 11/2011"*, Spain Arbitration Review, N.º 12/2011.
- RODRÍGUEZ ARANA, Alejandro, *"El Papel de la apertura de comercial en el crecimiento económico y la balanza comercial de México 1980-2002"*, ICE Información Comercial Española, Revista de Economía, Marzo-Abril 2005, N.º 821.
- ROGERS, Catherine A., *"The vocation of the international arbitrator"*, 20 Am. U. Int'l L. Rev.
- SANDERS, Pieter, Yearbook Commercial Arbitration (Part V), Kluwer Law International, Vol. I-1976.
- SANDERS, Pieter, Yearbook Commercial Arbitration (Part V). Kluwer Law International, Vol. II-1977.
- SAPPIDEEN, Razeen, *"Harmonizing International Commercial Law through codification"*. Journal of World Trade, Kluwer Law international, 40(3), 2006.
- SCHMIDT, Warren H. y TANNENBAUM, Robert, *"La gestión de diferencias"*, Harvard Business Review, Ediciones Deusto, Bilbao, 2001.
- SERRANO, Gonzalo, *"Eficacia y mediación"*, Boletín de Psicología, No 92, marzo 2008.
- SHELLEY, S. y KOYASAKO, S.K., *"Resolving environmental disputes without litigation: devising a settlement outside a courtroom can save significant time and money"*, Chemical Engineering, Vol. 105, N.º. 5.
- SIQUEIROS, José Luis, *"La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial internacional"*, Revista de Derecho Privado, Nueva Época, año VII, Núm. 21-22, Septiembre de 2008-abril de 2009.
- SIQUEIROS, José Luis, *"Las reformas (1993) referentes al arbitraje comercial en México"*, Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1994.
- SPIGELMAN, James Jacob, memoria del discurso *"Transaction costs and international litigation"*, en el marco de la 16th, Inter-Pacific, Bar Association Conference Sydney, 02 May 2006.
- TROCCHIO, Carole M., *"Designing a dispute resolution sistem"*, Franchising World, Sep/Oct 1992:6.

- UZELAC, Alan, *“Written form of the arbitration agreement towards a revision of the UNCITRAL Model Law”*, Croatian Arbitration Yearbook, Vol. 12, 2005.
- VARGAS MEJÍA, Alberto, *“Reforma procesal penal: sistema acusatorio y delincuencia organizada”*, Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia, Nº 15-16, 2010.
- VARGAS PAVEZ, Macarena, *“Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”*, Revista de Derecho, Vol. XXI, Nº 2, Diciembre 2008.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *“La nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile y su análisis comparativo con la Ley española”*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Semestre II, 2005.
- VULLIEMIN, Jean-Marie, *“La Ley de Arbitraje y la especificidad del arbitraje comercial internacional”*, Revista la de Corte Española de arbitraje, 1990.
- WIRES, John, *“The public policy sword and the New York Convention”*, Working paper series, Bond University, December 2008.
- ZAMBRANA TÉVAR, Nicolás, *“El nuevo régimen español de arbitraje. Orígenes y perspectivas”*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XXXIX, Núm. 115, Enero-Abril 2006