

La autonomía de la voluntad y los métodos heterocompositivos no jurisdiccionales

Carlos A. Gabuardi*

MÉXICO

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 273-298

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto explorar sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, sobre el rol que juega la autonomía de la voluntad en la elección de la opción arbitral, y sobre los efectos jurídicos que traen aparejadas las decisiones producidas al pronunciarse sobre las controversias que se someten a los métodos alternativos para la solución de los conflictos jurídicos.

Palabras clave: Arbitraje, autonomía de la voluntad, métodos heterocompositivos.

The autonomy of the will and non-jurisdictional heterocompositive methods

Abstract: *This paper aims to explore the legal nature of arbitration, the role played by the autonomy of the will in choosing the arbitration option, and the legal effects that come with the decisions produced when pronouncing on the controversies that arise subject to alternative methods for the resolution of legal disputes.*

Keywords: *Arbitration, autonomy of will, heterocompositive methods*

Recibido: 28/08/2020

Aprobado: 14/01/2021

* Abogado egresado de la Universidad de Monterrey; una Maestría en Derecho, con honores, y Doctorado en Derecho (Ph.D.), ambos de la Universidad de Tulane. Investigador Honorario y Profesor de Derecho en la Facultad Libre de Derecho de Monterrey y fue miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México.

La autonomía de la voluntad y los métodos heterocompositivos no jurisdiccionales

Carlos A. Gabuardi*

MÉXICO

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 273-298

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Las alternativas heterocompositivas para la solución jurídica de un conflicto. 2. La autonomía de la voluntad como piedra angular en la determinación de las opciones para solución de controversias. 2.1. El Peritaje Técnico y los Dispute Boards. 2.1.1. El Peritaje Técnico. 2.1.2. Los Dispute Boards. 2.1.3. Un intento de distinguir entre el Peritaje Técnico y los Dispute Boards. 2.2. El Arbitraje. 3. Los límites a la autonomía de la voluntad en materia arbitral. 4. El arbitraje y su relación con la función jurisdiccional. 5. La ejecución de los laudos arbitrales. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El que escribe normalmente se debate entre todo aquello que quisiera decir y los límites que le impone la realidad. En cierta manera, escribir es como trazar un mapa en el que por más que uno trate, tan sólo alcanza a revelar esquemáticamente una imagen más o menos simplificada de una determinada zona de la realidad, y al pensar en esto, hago más palabras que hace más de 50 años escribió el insigne jurista Léontin-Jean Constantinesco:

Llega un momento en el que se duda de disponer de las fuerzas necesarias para elaborar, sólo y al margen de las otras tareas cotidianas, lentamente y con un esfuerzo paciente y escrupuloso hasta el más mínimo detalle, una labor cuya envergadura no hace más que aumentar, a medida que se avanza en ella.¹

Efectivamente, por más detalles que se incluyan en el mapa que uno intente elaborar, nunca se podrá reflejar con plenitud todo aquello sobre lo que uno quisiera escribir, y por si esto fuera poco, los trabajos intelectuales indefectiblemente revelan la visión, las opiniones, la idiosincrasia y las propias limitaciones que el autor tiene con respecto a sí mismo y sobre el segmento de la realidad que trata de describir.

Por ello, pido a lector que al revisar lo que aquí aparece, piense que este trabajo, y las opiniones que aquí se habrán de ofrecer son un esfuerzo que por su propia naturaleza

* Abogado egresado de la Universidad de Monterrey; una Maestría en Derecho, con honores, y Doctorado en Derecho (Ph.D.), ambos de la Universidad de Tulane. Investigador Honorario y Profesor de Derecho en la Facultad Libre de Derecho de Monterrey y fue miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México.

¹ Constantinesco, Léontin-Jean, *Tratado de Derecho Comparado, traducción de Eduardo Freitas da Costa* (Madrid: Editorial Técnos, 1981), 17.

resulta limitado en extensión y profundidad, y que este autor tan sólo desea facilitar un mero punto de partida para el estudio y la reflexión de quienes deseen adentrarse con mayor profundidad en los temas que aquí se tratan.

Así las cosas, me gustaría explorar sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, sobre el rol que juega la autonomía de la voluntad en la elección de la opción arbitral, y sobre los efectos jurídicos que traen aparejadas las decisiones producidas al pronunciarse sobre las controversias que se someten a los métodos alternativos para la solución de los conflictos jurídicos a los que hago referencia en este trabajo.

1. Las alternativas heterocompositivas para la solución jurídica de un conflicto

La expresión “métodos alternos para la resolución de controversias”, se usa para referirse a las diversas opciones disponibles para las partes en conflicto con el propósito de resolver los diferendos que eventualmente puedan surgir entre ellas como alternativa a la vía meramente jurisdiccional.²

² “Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición).” Cornelio Landero, Eglá, «Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano», *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n° 17: 85. “También al profesor Sander se le identifica como la persona que utilizó la locución Resolución Alternativa de Disputas (Alternative Dispute Resolution), una cuestión que va más allá de la simple expansión del vocabulario en materia resolución de conflictos y que, curiosamente, terminó promoviendo una multidisciplinaria exploración exhaustiva de los sistemas no jurisdiccionales, algo que, de alguna u otra manera, había sido soslayado por parte de los juristas.” Cuadra Ramírez, José Guillermo, «Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia» (informe presnetado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el curso de verano “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos” por la Fundación General de la Universidad de Salamanca, México) p. 21. Acceso el 22 de julio de 2020. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/040jose-guillermo-cuadra-ramirez.pdf>. “A través del Decreto 221, circulado en el Periódico Oficial de 14 de enero de 2005, se publicó la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León. La cual marcó un antes y un después, convirtiéndose en una alternativa más en el procedimiento judicial. Esta tiene como bases los principios de equidad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, simetría de poder, buena fe, celeridad, economía y relevancia de la voluntad de los participantes.” Poder Judicial del Estado de Nuevo León, *Centro Estatal de Medios Alternos, 10 años de mediación en Nuevo León*, (Monterrey, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2015) 25. Acceso el 22 de julio de 2020. <https://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/Libros/50/docs/50.pdf>. Originalmente, la Ley Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León (Periódico Oficial del Estado de Nuevo León del 14 de enero de 2005) preveía en la fracción I de su artículo 2 que: “Para los efectos de esta Ley (sic) se entenderá por: I. Método Alterno: Tramite Convencional (sic) y Voluntario, (sic) que permite prevenir conflictos o en su caso, lograr soluciones a los mismos, sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para elevar a cosa juzgada o en su caso a sentencia ejecutoriada el convenio adoptado por los participantes y para el cumplimiento forzoso del mismo”. Posteriormente, en 2017 esta ley fue abrogada en su lugar publicó la Ley de Mecanismos Alternativos para la Solución de Controversias para el Estado de Nuevo León (Periódico Oficial del Estado de Nuevo León del 13 de enero de 2017), en cuyo artículo 2, fracción XX, se señala: “Para los efectos de esta Ley se entenderá por: XX. Mecanismos alternativos: Procedimientos distintos a la justicia ordinaria que permiten prevenir, abordar y solucionar controversias de manera voluntaria y colaborativa. Los mecanismos alternativos se implementarán en forma presencial o, en los casos en que resulte procedente, a distancia mediante el empleo de tecnologías de la información y la comunicación;”. “Los mecanismos alternativos para la solución de controversias (“MASC”) son herramientas que con creciente frecuencia son utilizadas para solucionar diferencias de una manera amistosa y sin la necesidad de tener que recurrir a métodos adversariales como el arbitraje y el litigio”. González de Cossío, Francisco, *Arbitraje* (México, Editorial Porrúa, 2004), P. 25. La definición de Francisco González de Cossío me parece que sugiere una óptica distinta a la concepción dominante, pues en conforme a la concepción de González de Cossío los MASC son alternativos a las opciones heterocompositivas y no sólo a la jurisdicción. “Para definir como debe entenderse el concepto de medios alternativos de resolución de conflictos la mayoría de los tratadistas coinciden en exponer que se pueden analizar desde dos ópticas, la primera en modo amplio que comprenden las alternativas paralelas al sistema de administración de justicia que permite a los particulares resolver las controversias de manera privada y en sentido restringido, se trata de aquellos mecanismos encaminados a solucionar las controversias entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas , o bien, a través del nombramiento de mediadores, conciliadores o árbitros que coadyuvan en la solución alterna a los conflictos.” Cuadra Ramírez, José Guillermo, Loc. Cit. P. 10

Atendiendo al rol que juegan quienes intervienen instrumentalmente en estos procesos con el propósito de apoyar a las partes en la solución de sus diferendos, estos métodos alternativos han sido clasificados en autocompositivos, y en heterocompositivos.

En los métodos autocompositivos las partes mismas son las que toman la decisión que habrá de resolver la controversia en cuestión,³ ya sea actuando directamente o con el apoyo de un facilitador, mientras que en los métodos heterocompositivos, las partes de la controversia designan a un tercero para que sea este quien tome la decisión que habrá de resolverse el conflicto.⁴

En este trabajo no haré referencia a los métodos autocompositivos, sino que me centraré en algunos de los métodos heterocompositivos.⁵

³ "Autocomposición. I. Es un vocablo que difunde el genio del autor italiano Francesco Carnelutti, al que le da dos connotaciones. Autocomposición en sentido lato es la solución que al conflicto de intereses (litigio, caracterizado por la pretensión de una las partes, frente a la resistencia de la contraparte) proporciona uno o los dos contendientes; dicho de otra manera, es el arreglo al pleito proveniente de las mismas partes que tienen disposición de su derecho material. La autocomposición genérica (a la que personalmente para evitar duplicidad y confusiones prefiero denominar también por razones didácticas autosolución) se subdivide en autodefensa y autocomposición, ahora se usa el término en sentido restringido, y es la solución a la controversia propuesta (no impuesta violentamente) por uno o por ambos elementos subjetivos parciales (partes) sacrificando su interés jurídico propio; arreglo que es aceptado por la otra parte (algunos autores por eso conciben a la autocomposición como un acuerdo de las partes interesadas para resolver privadamente un pleito, prescindiendo o excluyendo el caso del conocimiento y resolución judicial)." Patiño Camarena, Javier, «Autocomposición». En *Diccionario Jurídico Mexicano* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México), 233.

⁴ "... dichos mecanismos se dividen en dos grandes grupos: a) Uno son los autocompositivos, en ellos las personas deciden sobre cuál será la decisión que tomarán para dar solución a su propio conflicto; siendo estos la negociación, la mediación y la conciliación, y b) Otro grupo es el de los heterocompositivos en él se encuentran aquellos mecanismos en los cuales las personas permiten que un tercero decida la manera en que se solucionará el conflicto entre ambos, un ejemplo claro de ello es el arbitraje." Delegación Federal Tamaulipas de la Procuraduría Agraria, *Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC)*, Loc. Cit. P. 28 y 29. Acceso el 30 de julio de 2020. http://www.pa.gob.mx/publica/rev_60/analisis/medios_alternos.pdf

⁵ Mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de protección al consumidor. Si las partes pactan que deben agotarse antes de acudir a los tribunales competentes, debe prevalecer el acuerdo de voluntades. El acceso a los medios alternativos de justicia constituye un derecho humano reconocido por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por ello, es obligación de los impartidores de justicia promover y hacer extensivo el uso de dichos medios a la ciudadanía, sobre todo ante su éxito potencial en la solución de determinados conflictos en donde cobra especial notoriedad la reconstrucción de las relaciones interpersonales, buscando siempre razonamientos de equidad y pretendiendo en todo momento restituir la paz social de manera rápida y eficaz. Atento a ello, las partes pueden acordar en el contrato basal que se someterán a la competencia de la Procuraduría Federal del Consumidor para la solución de los conflictos surgidos del propio contrato, que cuenta con el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, que es un procedimiento heterocompositivo en virtud del cual las partes acuerdan someter a la decisión de un tercero, neutral y experto en la materia, la solución de una controversia presente o futura. Ello constituye una decisión que debe acatarse, ya que la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos. De modo que, ante tal acuerdo de voluntades y considerando que es obligación de los impartidores de justicia promover y hacer extensivo el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias, es inconcuso que primero debe acudirse ante dicha Procuraduría para efectuar el reclamo, y de no poder solucionarse ante ella, recurrir ante los tribunales competentes. Por tanto, dejar de cumplir lo pactado implicaría limitar a una de las partes el derecho de acudir ante la Procuraduría citada, como medio alternativo de justicia, a iniciar un procedimiento que resulta más ágil y tiene sustento constitucional. Tercer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito. Amparo directo 474/2019. Seguridad Privada Independencia, S.A. de C.V. 14 de agosto de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Paula María García Villegas Sánchez Cordero. Secretaria: María Alejandra Suárez Morales. Amparo directo 829/2019. Pegaso PCS, S.A. de C.V. 21 de noviembre de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Paula María García Villegas Sánchez Cordero. Secretaria: Cinthia Monserrat Ortega Mondragón. Amparo directo 879/2019. Pegaso PCS, S.A. de C.V. 4 de diciembre de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Sofía Verónica Ávalos Díaz. Secretario: Víctor Hugo Solano Vera. Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 74, Enero de 2020, Tomo III. Tesis: I.3o.C.426 C (10a.). Página:2608. Núm. de Registro: 2021535. Tesis Aislada Materia(s): Civil.

2. La autonomía de la voluntad como piedra angular en la determinación de las opciones para solución de controversias

Los derecho de los que están investidas todas las personas para determinar el contenido de sus obligaciones contractuales, así como para establecer la manera en que eventualmente habrán de solucionar los diferendos que surjan entre ellas, se ubican en el ámbito de los derechos de libertad,⁶ y han quedado consagrados a través de la institución jurídica conocida con el nombre de “autonomía de la voluntad”.⁷

⁶ “El reconocimiento de la voluntad libre del hombre como algo que deriva de cualidad de persona, encuentra su fundamento en el Derecho natura, inmutable y eterno, y halla sus límites en la regla moral.” Álvarez, Ursicino, 1947. Prólogo a *Libertad y voluntad en el Derecho* de Rocamora Valls, Pedro. Madrid: Gráficas Varela. P. 11

⁷ “El concepto de autonomía – *Αὐτὸς νόμος* – equivale, en el ámbito individual, al de la soberanía y libre decisión en la propia esfera de actuación del hombre. La facultad humana, que permite al individuo trazarse una norma a la que sujeta su independiente actividad (la *Selbstgesetzgebung* de la terminología germánica, es reconocida en la técnica filosófico-jurídica bajo el concepto general de autonomía de la voluntad. Tras esta idea se ha venido significando en el campo del Derecho privado que todo individuo tiene la posibilidad de crear cualquier clase de relaciones jurídicas, con tal de que estas no se hallen prohibidas por la ley, y establecer los límites, forma, naturaleza y contenido de las mismas, siendo la voluntad humana la suprema ley que rija dichas relaciones.” Rocamora Valls, Pedro..., 24. “La base de la teoría general de los contratos en nuestro Derecho es el principio de la autonomía de la voluntad. El principio de libertad contractual, o autonomía de la voluntad, implica el reconocimiento de un poder de autorregular los propios objetivos e intereses que las partes desean.” Anónimo, *Teoría general del contrato y autonomía de la voluntad*. Iberley. Acceso el 22 de julio de 2020. <https://www.iberley.es/temas/teoria-general-contrato-autonomia-voluntad-31151#:~:text=La%20base%20de%20la%20teor%C3%ADa,intereses%20que%20las%20partes%20desean.> “AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL. A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio de autonomía de la voluntad goza de rango constitucional y no debe ser reconducido a un simple principio que rige el derecho civil. Así las cosas, el respeto del individuo como persona requiere el respeto de su autodeterminación individual, por lo que, si no existe libertad del individuo para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, no se respeta la autodeterminación de ese sujeto. Aunado a lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad tiene reflejo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación, la cual también es un elemento central del libre desarrollo de la personalidad, y en cuya virtud las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas.” Amparo directo en revisión 992/2014. Rosario del Carmen Pacheco Mena y otros. 12 de noviembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Décima Época. Instancia: Primera Sala Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I Tesis: 1a. CDXXV/2014 (10a.). Página: 219. Núm. de Registro: 2008086 Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional. “El convenio arbitral, piedra angular del arbitraje, nace como una genuina manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica, sea o no contractual.” Cremades, Bernardo M., «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral», en Soto Coaguila, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho Arbitral*, Lima, Tomo I, El Convenio Arbitral, (Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 661 “ARBITRAJE. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ES FUENTE DE LAS FACULTADES Y LÍMITES DEL ÁRBITRO (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS II. 1 DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS Y 1 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL). El artículo II.1 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno, reconoce el carácter originario del arbitraje desde la sede contractual, al disponer que cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; a su vez, el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el veintisiete de abril de mil novecientos setenta y ocho, prescribe que es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil; conforme a esos textos legales, se reconoce validez y eficacia al acuerdo de las partes para someter a arbitraje alguna cuestión que surja o haya surgido con motivo de una relación jurídica contractual o no contractual; lo anterior revela que sí se otorga a la voluntad de las partes plena eficacia vinculatoria entre ellas por lo que la fuente original de la eficacia normativa de un arbitraje descansa en su reconocimiento por la ley, que regula los efectos del acuerdo de las partes y precisa sus límites para obrar sobre la esfera jurídica de las personas. Pero ese acuerdo de voluntades que da lugar al arbitraje tiene un límite formal y material porque el árbitro no puede llevar a cabo actos de privación o ejecución material sobre las personas o las

Naturalmente, para las partes de cualquier relación jurídica – incluyendo para estos efectos las relaciones contractuales – la alternativa meramente jurisdiccional siempre es una de las opciones disponibles para la solución de un conflicto y por tanto – en mi opinión – esta opción debe necesariamente ser considerada dentro del espectro de alternativas heterocompositivas para la solución de cualquier controversia.

En este sentido, más allá de la concepción generalmente aceptada con respecto a lo que actualmente se entiende como métodos alternativos para la resolución de controversias, me parece que al referirse a las opciones heterocompositivas con toda propiedad también podría distinguirse entre métodos jurisdiccionales y métodos no jurisdiccionales.

Por ello, creo que, por su gran importancia, la cuestión de los alcances y los límites de la autonomía de la voluntad en la elección de las opciones jurisdiccionales son un tema que debe ser exhaustivamente explorado; sin embargo, este trabajo se limita al ámbito de las alternativas heterocompositivas no jurisdiccionales.⁸

cosas y la ejecución queda reservada al Juez estatal. El laudo queda sujeto a un proceso de revisión por los órganos jurisdiccionales del Estado, cuando no es acatado voluntariamente o es impugnado por alguna de las partes, lo que da origen a las cuestiones concernientes a la nulidad o reconocimiento o ejecución del laudo. El tribunal arbitral realiza una actividad materialmente jurisdiccional por disposición de la voluntad de las personas involucradas, pero requiere el auxilio y colaboración del Juez estatal para ejecutar medidas precautorias que aseguren el éxito del procedimiento arbitral, la ejecución del laudo o para obtener la nulidad del laudo que se pronuncie." 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. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Mayo de 2011. Tesis: I.3o.C.935 C. Página: 1019. Núm. de Registro: 162220 Tesis Aislada Materia(s): Civil. "The arbitration agreement is the basis of any consensual arbitration, so that there cannot be an arbitral reference in the absence of a valid and enforceable arbitration agreement. The whole realm of arbitration commences with the existence of such an arbitration agreement. In effect if there is no consent to arbitrate, there is nothing for the arbitral reference to stand on" Onyema, Emilia, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract* (London and New York: Routledge, 2010), 8. "Cuando los particulares actúan libremente en la esfera del derecho lo hacen utilizando como instrumento a los actos jurídicos, dado que estos últimos son aquellas manifestaciones de voluntad destinadas a crear consecuencias de derecho. Por esta razón el dogma de la autonomía de la voluntad se ha desarrollado en torno de la libertad que tienen los autores de un acto jurídico para celebrarlo o no hacerlo y para determinar su contenido y alcances. Ahora bien debido a la importancia que se otorga al contrato entre los actos jurídicos, en algunos tratadistas la libertad de contratación ha resultado un concepto equivalente al de autonomía de la voluntad." Fix-Zamudio, Héctor, «Autonomía de la Voluntad», en *Diccionario Jurídico Mexicano*. 239 "La autonomía de la voluntad en el argot jurídico es la potestad que tiene toda persona con plena capacidad de ejercicio, para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre albedrío cuyos efectos jurídicos serán sancionados por el derecho. Se encarna en convenios, contratos o declaraciones de voluntad que obliguen como la ley misma, siempre que lo pactado no sea contrario a esta, al orden público, a las buenas costumbres o que afecte derechos de terceros." San Vicente Parada, Aída del Carmen, «El principio de la autonomía de la voluntad» en *PRAXIS de la Justicia Fiscal y Administrativa*. año VIII, Núm. 20. (México: Tribunal Federal de Justicia Administrativa, 2016), 17.

⁸ "Se sabe que mientras más rápido se resuelva un conflicto, el costo para los involucrados en él va a ser menor. Toda disputa genera costos y estos costos normalmente no se encuentran contemplados en el presupuesto de ejecución de una prestación. Todo método de solución de controversias tiene, necesariamente, una fase en la que se intenta llegar a un acuerdo, es decir, una etapa donde las partes cooperen de modo que la litis, propiamente dicha, no surja." Castillo Freyre, Mario, «Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos» (presentación, Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica del Perú, Estudio Mario Castillo Freyre, 2014). P. 9

Al momento de escribir estas líneas, en diferentes partes del mundo se reconocen una gran diversidad métodos heterocompositivos no jurisdiccionales para la resolución de controversias;⁹ no obstante, en este trabajo limitaré mi análisis a tres de los que me parecen de mayor trascendencia práctica: el peritaje técnico, los *Dispute Boards* y el arbitraje.

2.1. El Peritaje Técnico y los *Dispute Boards*

Los procedimientos del Peritaje Técnico y de los *Dispute Boards* son medios de resolución de controversias en los que se reconoce que la solución temprana de un tema controvertido de carácter técnico u operativo, eventualmente, podría ayudar llevar a buen término los fines propuestos en el contrato, por lo que el principal cometido de estas opciones es conservar la relación contractual, y en la medida de lo posible, eliminar los obstáculos que podrían evitar la culminación exitosa del mismo.

2.1.1. El Peritaje Técnico

Como su nombre mismo parecería indicar, el Peritaje Técnico debería considerarse como una alternativa idónea para aquellos casos en los que existe un diferendo puntual y de naturaleza técnica con respecto a la implementación operativa de un determinado aspecto de la operación contractual, por lo que ante el escenario de que los operadores del contrato se vean entrapados por tener opiniones irreconciliablemente

⁹ Por ejemplo, entiendo que en el Perú se implementó un sistema dual inspirado en los *Dispute Boards* que estableció la posibilidad de acudir ya sea a una Junta Decisora de Disputas cuyas decisiones son vinculantes para las partes o a una Junta de Revisión de Disputas cuyas decisiones son meramente recomendatorias, y que dichos órganos pueden ser permanentes o ad-hoc. Las decisiones vinculantes emitidas por la JDD deben ser cumplidas inmediatamente por las partes desde que son notificadas o en el plazo que la JDD indique. El incumplimiento de una decisión es considerado como un incumplimiento contractual grave." Cfr. Guzmán-Barrón Sobrevilla, César, Introducción en Idem. P. 15. "No todos los conflictos entre personas naturales o jurídicas en el ámbito privado, requieren necesariamente arribar a un juicio para su arreglo, pues existen muchos mecanismos para solucionar disputas de índole mercantil a través de los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos (Alternative Dispute Resolution por sus siglas "ADR"). Comúnmente se reconoce al arbitraje, la mediación y la conciliación como los principales métodos alternativos de resolución de disputas; sin embargo, existen otros métodos que pueden brindar soluciones a las partes y cuyo uso ha cobrado trascendencia en la práctica comercial. Para escoger un método alternativo, en primer lugar es recomendable identificar las particularidades de las relaciones comerciales, su grado de tecnicidad, su tracto sucesivo, las cuantías, mayores riesgos etc., y en base a ello reconocer a los tipos de métodos; para ello, se sugiere analizar una clasificación de los ADR basada en el grado de injerencia de terceros: ADR facilitadores (baja participación de terceros), ADR evaluadores (mediana participación de terceros) y ADR resolutorios (los terceros emiten la resolución). La regla, es sencilla mientras mayor complejidad y riesgos, (sin perjuicio de que cada caso requiera un estudio diferenciado), se optará por un ADR con mayor participación de terceros. Con este antecedente, se pueden reconocer algunos métodos alternativos diferentes a los que usualmente nos acostumbramos a escuchar, pero que poseen amplio reconocimiento en el comercio mundial, tales como: 1) El partnering 2) El Mini-Trial 3) El Fact Finding, 4) Adjudication, 5) Expert Determination y 6) Los Dispute Review Boards." Navas Iturralde, Ivan, *Alternative Dispute Resolution (ADR), como mecanismos de solución de controversias en el Derecho Comercial*. Acceso el 23 de julio de 2020. <https://www.gottfredipozo.com/alternative-dispute-resolution-adr-como-mecanismos-de-solucion-de-controversias-en-el-derecho-comercial/>

distintas en sobre un determinado punto técnico, la partes en conflicto aceptan someterse al dictamen de un tercero experto para que sea éste quien resuelva el diferendo en cuestión.¹⁰

Cuando los términos y alcances del Peritaje Técnico han sido modelados libremente por las partes en el clausulado del contrato, a éste se le clasifica como ad-hoc; pero cuando el procedimiento pericial se sujeta a las reglas de una determinada institución se le denomina como institucional.

Tal y como el Peritaje Técnico se encuentra actualmente normado por los Reglamentos sobre Peritos de la Cámara de Comercio Internacional¹¹ (publicados en diciembre de 2014 y en vigor a partir del 1 de febrero de 2015), se entiende que la misión del Perito es rendir a las partes un informe en el se exprese su opinión experta sobre las cuestiones que le sean planteadas por las partes¹², por lo que en estos términos, el contenido y alcance dictamen pericial dependerá de aquello que las partes soliciten expresamente al perito.¹²

Sin embargo, en todos los Peritajes Técnicos – ya sean ad-hoc o institucionales – los efectos jurídicos del dictamen pericial dependerán de los términos en que este redactada la cláusula o convenio en el que se pacte el sometimiento de la cuestión al Peritaje Técnico, de tal suerte que dicho dictamen podría surtir efectos meramente recomendatorios, o bien podría considerarse como determinante del contenido al que se refiera el punto sometido a dictamen.

¹⁰ "A través del peritaje o determinación por experto neutral las partes acuerdan someter sus diferencias, en principio de carácter técnico, a la opinión cualificada, aunque no siempre vinculante, de un perito. El hecho que la mayor parte de los contratos internacionales de construcción enfrentan dificultades del orden técnico, justifica el papel que desempeña el peritaje. Además, el peritaje ofrece una solución rápida por un experto en la materia." Cabrera Colorado, Orlando F, "Solución de controversias en contratos de construcción", México, Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, No. 75, agosto de 2015. P. 13

¹¹ Este folleto incluye 3 reglamentos: el de propuesta de peritos y terceros, el de nombramiento de peritos y terceros, y el de administración de procedimientos de peritaje. [https://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-0SPARreglamentosobrePeritos\(2015\).pdf](https://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-0SPARreglamentosobrePeritos(2015).pdf) (Consultado por última vez el 23 de julio de 2020) "Peritaje técnico internacional (Fact Finding). Es otra modalidad de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, de naturaleza contractual, en el que las partes acuerdan someter sus diferencias de carácter técnico a la opinión cualificada de un experto o perito, aunque su decisión no tiene que ser necesariamente vinculante. Por ello nos vamos a encontrar distintos tipos de peritaje, vinculantes o no." Salinas López, Ana María, Los métodos de resolución extrajudicial de conflictos. Análisis e impacto de la mediación transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea, Madrid, Tesis Doctoral, Directora: Prof. Dra. Mónica Herranz Ballesteros, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2017. P. 62 http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-UniEuro-Amsalinas/SALINAS_LOPEZ_Ana_Maria_Tesis.pdf (Consultada por última vez el 23 de julio de 2020)

¹² "Esta variante se asemeja a otro mecanismo alterno denominado "Determinación por experto neutral" o Neutral fact-finding expert, que consiste en la selección de un tercero a cargo de las partes o del juez, con la finalidad de que investigue los hechos en aquellos casos que versan sobre temas técnicos, económicos, contables o cualquier otro tópico que requiera de su intervención. Su resolución no es obligatoria y se circunscribe al análisis de los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico." Otero Varela, Juan Manuel, "Mecanismos alternos de solución de controversias (Masc) en las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas. Su marco jurídico y evolución", Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, Año IX, Número 22, Julio - Diciembre de 2017, México, P. 16 <http://cesmdfa.ftjia.gob.mx/investigaciones/rev22.html> (Consultada por última vez el 23 de julio de 2020)

En los casos en que se pacte que el peritaje técnico tendrá efectos meramente recomendatorios las partes podrán optar entre seguir o no la recomendación del perito.

Sin embargo, si la cláusula en cuestión señala que el peritaje debe considerarse como determinante del contenido contractual, en mi opinión, ese dictamen debería ser considerado como contractualmente vinculante para las partes involucradas conforme a los términos, contenido y alcance de lo pactado en las cláusulas en las que se prevea la posibilidad pericial.

En mi opinión, cuando la decisión pericial sea vinculante, el dictamen podría ser susceptible de revisión en caso de litigio, tal y como indirectamente lo revela un importante caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el la jueza de primera instancia que conoció del procedimiento de nulidad del laudo, determinó que un peritaje técnico por el que se dictaminó que un determinado evento¹³ debería considerarse como caso fortuito o fuerza mayor, efectivamente podía ser revisado por el tribunal arbitral.¹⁴

Sin embargo, es importante mencionar que no obstante la opinión de la jueza de primera instancia y con la cual coincido, en los votos particulares de la Ministra Norma Lucía Piña Hernández y del Ministro José Ramón Cossío Díaz, se opina que la revisión del dictamen pericial realizada por el tribunal arbitral debería ser considerada como *ultra vires*, por cuanto dicho tribunal había excedido el ámbito de sus facultades competenciales,¹⁵ aunque desafortunadamente, ninguno de esos votos particulares explican las razones en las que se sustenta su opinión.

¹³ "la falta de cuatro centímetros del cordón de una soldadura de uno de los travesaños de la carcasa de entrada del compresor de turbina" Amparo directo 71/2014. Comisión Federal de Electricidad. 18 de mayo de 2016. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto particular y Norma Lucía Piña Hernández, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Décima Época.
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=174099> (Consultado por última vez el 26 de julio de 2020)

¹⁴ Idem. Desafortunadamente, a pesar de que gran parte de los argumentos de las partes se dirigían a este tópico, en el procedimiento de revisión planteado ante la Suprema Corte (vía Amparo Directo), la sentencia de la mayoría no resolvió esta cuestión, sino que omitió el estudio del tema limitándose a señalar que los argumentos esgrimidos por la parte que los argumentaba eran inoperantes, para posteriormente redirigir su atención a otro de los puntos en litigio: la determinación del orden público en materia arbitral.

¹⁵ Idem.

2.1.2. Los Dispute Boards

Los Dispute Boards son paneles de expertos designados contractualmente para resolver algunas de las cuestiones operativas que con frecuencia se presentan durante la operación de contratos complejos.¹⁶

Al igual que ocurre con el Peritaje Técnico, los efectos jurídicos del dictamen rendido por el Dispute Board dependerán de los términos en que este redactada la cláusula o convenio por el que se pacte el sometimiento de la cuestión a este tipo de paneles, y del mismo modo, según se pacte, las decisiones de los Dispute Boards podrían tener efectos meramente recomendatorios, o ser contractualmente vinculantes para las partes.¹⁷

¹⁶ "Medio de solución de controversias que tiene origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas denominadas panelistas o adjudicadores (El panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por El Panel emitir (i) una consulta informal que procure resolver la controversia; (ii) una recomendación y/o (iii) una decisión que permitan resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con dicha discrepancia resuelta." Hernández García, Roberto, "Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias", en Hernández García, Roberto (coordinador), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, Loc. Cit. P. 27. "La Cámara de Comercio Internacional (CCI) 9 enmarca con precisión los alcances de este método como sigue: "El Dispute Board (DB) es un comité encargado de resolver las desavenencias que generalmente se establece desde el inicio del contrato y se mantiene durante toda la duración del mismo. Compuesto por uno o tres miembros que conocen en profundidad el contrato y su ejecución, el DB ayuda de manera informal a las partes que lo desean a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emite recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier desavenencia que le planteen una u otra de las partes. Los DB constituyen un mecanismo común para la resolución de desavenencias contractuales en el ámbito de contratos a medio o largo plazo." Paredes Carbajal, Gustavo, "Dispute boards y arbitraje en construcción: ¿Compiten o se complementan?". en Idem. P. 150. "Los Dispute Board Resolution (también conocido como Panel, Mesa, Comité o Junta de Resolución de Disputas) constituyen un MASC muy útil y eficaz en lo que respecta a la solución de controversias en los contratos. Los Dispute Board Resolution son órganos consultores permanentes⁴, compuestos por uno o tres miembros (los cuales conocen a profundidad el contrato), que generalmente se establecen al inicio de un contrato y se mantienen durante toda la duración del mismo, con la finalidad de ayudar a las partes a resolver las desavenencias y controversias que pudiesen surgir en la etapa de ejecución contractual." Capuñá y Chafloque, Fernando y Ferruzo Dávila, Gianfranco R., "Breves Apuntes Sobre Los Dispute Board Resolution", LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, Núm. 10, 2014. P. 106. "Un Dispute Board se puede definir de forma simplificada como un panel de expertos independientes (normalmente 1 ó 3 miembros), normalmente ingenieros o arquitectos con formación jurídica-contractual aunque en ocasiones también participan abogados, con experiencia en el sector (preferentemente en proyectos similares), nombrados generalmente de común acuerdo entre las partes, y que tienen como función principal la de resolver u opinar en plazos muy breves sobre cualquier cuestión o reclamación que se le someta a consideración. Es, por tanto, un mecanismo creado por y para la construcción, en el que la participación de ingenieros y arquitectos es determinante." Laorden Mengual, Pablo, "Las Dispute Boards como Medio de Resolución de Controversias", *Tecniberia, Revista de la Ingeniería Española, España*, No. 29, enero/febrero 2011. P. 40 "En forma sencilla, se trata de paneles de expertos -naturalmente, imparciales- que se constituyen habitualmente desde el comienzo de la obra y cuya función esencial es la de actuar ante controversias que se planteen durante su realización para evitar, mediante una intervención oportuna, que estas deriven en conflictos de mayor entidad. El método admite diversas variantes, ya que esa intervención puede consistir en la mera expedición de recomendaciones no vinculantes o en la emisión de decisiones revestidas de obligatoriedad." Jiménez Figueres, Dyalá y Roque J. Caivano, "Funcionamiento de los 'dispute boards de la CCI y su encuadre en el derecho argentino, Bogotá, Revista Internacional de Arbitraje, Enero – Junio, 2007. P. 149. Este artículo contiene una magnífica descripción de los orígenes de esta alternativa heterocompositiva. Cfr. Idem. Pp. 15 y ss. <http://djarbitraje.com/pdf/283Revista%20Internacional%20de%20Arbitraje%20Dispute%20Boards%20con%20Roque%20Caivano.pdf> (Consultada por última vez el 26 de julio de 2020)

¹⁷ Cfr. González de Cossío, Francisco, "Efecto Legal de las Determinaciones de los Dispute Boards: Un Comentario", <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf>

2.1.3. Un intento por distinguir entre el Peritaje Técnico y los Dispute Boards

Al estar escribiendo estas líneas he descrito por separado al Peritaje Técnico y a los Dispute Boards, y en ambos casos al describir una y otra figura he usado los verbos en el potencial simple y no en el infinitivo. Ninguna de estas cosas es casualidad.

Efectivamente, en una ocasión me vi involucrado en un asunto el que mi cliente – una empresa constructora – se encontró en medio de un conflicto que al final terminó mal para ambas partes, como normalmente sucede en casi todos los litigios.

Casi desde el principio me di cuenta de que todo aquel problema había surgido a partir de un diferendo técnico entre dos ingenieros del proyecto y que de haberse atendido oportunamente, hubiera permitido evitar el conflicto.

El punto es que, aunque ambas partes siempre habían actuado diligentemente y de buena fe, la relación se fue complicando, la comunicación cada vez se hizo más difícil y el problema fue escalando hasta el punto en que llegó a un efecto catastrófico en toda la relación contractual.

En este caso, la opinión puntual e imparcial de un experto que hubiera rendido un “peritaje técnico” sobre el tema específico que era la causa del diferendo hubiera resultado de gran utilidad y podría haber evitado que el contrato se malograra. Se trataba de un contrato importante, grande y complejo en su ejecución, pero no inmenso.

En contratos de mayor tamaño y complejidad la frecuencia de los malos entendidos operativos suele ser mayor y quizá la intervención puntual de peritos podría llegar a ser insuficiente, y, por lo menos conceptualmente, en estos casos los Dispute Boards deberían proporcionar una alternativa viable para desatorar las complicaciones que forma parte de la operación cotidiana de los contratos grandes y de ejecución compleja.

Con todo, debe decirse que en uno y otro caso la clave está en la redacción de la cláusula o del compromiso por el que se adopte entre una u otra solución, por lo que conviene subrayar que una redacción insuficiente o inadecuada en lugar de contribuir a la solución del conflicto puede llegar a convertirse en una complicación adicional en el contexto del problema que las partes intentan resolver.

2.2. El Arbitraje

El arbitraje es una alternativa a la que se recurre en aquellos casos en que el conflicto escaló a un punto en que su solución amigable ya no es posible, pues cuando se recurre a esta alternativa esto quiere decir que la relación contractual ya no es viable a pesar de los esfuerzos que las partes involucradas hayan realizado para tratar de solventar el conflicto.

Por lo tanto, el propósito del arbitraje ya no es salvar el contrato, pues las partes reconocen la existencia de un conflicto insoluble entre ellas y la necesidad de dirimir esa controversia en condiciones de desencuentro.

Consecuentemente, en la alternativa arbitral las partes ejercen la opción de resolver el conflicto dentro del ámbito de su propia esfera privada sometiendo su conflicto ante un tercero en discordia – el árbitro¹⁸ – para que este lo resuelva a través de un procedimiento que aún y cuando es materialmente jurisdiccional,¹⁹ pero que formalmente se encuentra fuera del ámbito de la jurisdicción estatal.

Así considerado, el arbitraje tiene dos modalidades: el llamado arbitraje de estricto derecho, y el conocido como arbitraje de equidad, o amigable composición.

¹⁸ "Arbitraje. Del latín *arbitratus*, de *arbitrator*: arbitraje). 1. Es una forma heterocompositiva, es decir, una solución al litigio, dada por un tercero imparcial (Carnelutti), un juez privado o varios, generalmente designado por los contendientes (en ausencia de su consentimiento el nombramiento será hecho por el juez público nacional), siguiendo un procedimiento que (sic) aunque regulado por la ley adjetiva tiene un ritual menos severo que el del procedimiento del proceso jurisdiccional. La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina *laudo*, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial oficial, según las diversas variantes que se presenten." Ramírez Gutiérrez, José Othón, "Arbitraje", en Diccionario Jurídico Mexicano, Loc. Cit. P. 178 "El arbitraje es un mecanismo adversarial cuya finalidad es resolver una controversia a través de la decisión obligatoria de un tercero (árbitro), el que actúa *supra partes*, y decide de manera definitiva sobre un determinado conflicto." Jara Vásquez, María Elena, *El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador*, Tesis Doctoral, Tutora: Vanesa Aguirre Guzmán, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Área de Derecho, Programa de Doctorado en Derecho, 2016. P. 30

¹⁹ Me refiero al procedimiento arbitral con el término materialmente jurisdiccional justamente para hacer énfasis en que, categóricamente, aun cuando el procedimiento arbitral se parece al procedimiento seguido ante la jurisdicción de los tribunales del sistema Estatal de justicia formalmente el arbitraje no es un procedimiento jurisdiccional. En este sentido, considero que aun cuando el tribunal arbitral, de conformidad con lo determinado por el libre acuerdo entre las partes, materialmente asume la fase de cognición individualizada de la controversia para dirimir a partir de un razonamiento basado en la confrontación entre lo establecido por el derecho aplicable y los hechos concretos si el derecho controvertido corresponde o no a lo abstractamente querido por la normativa aplicable (Cfr. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código*, trad. de Santiago Sentis Melendo de la segunda edición de 1943, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, 1986. T. I, Pp. 159 y 160), tal decisión por sí misma carece de la posibilidad de ser ejecutada sin tener necesariamente que recurrir a los órganos de la jurisdicción. Sobre el particular, podría decirse que la función del tribunal arbitral es muy parecida a la que realizan los tribunales jurisdiccionales en esta primera etapa de cognición por cuanto el tribunal ventila el conflicto oyendo los argumentos y pruebas de las partes y con base en todo ello finalmente dicta su opinión con respecto al derecho controvertido. "... la función del juez: la cual se manifiesta, ante todo, en aquella primera fase que más propiamente se llama *cognición o juicio*, en *declarar oficialmente la certeza* del derecho incierto o controvertido. Esta *declaración jurisdiccional del derecho* tiene una finalidad esencialmente práctica: no se trata de interpretar las leyes en abstracto, por mero interés científico (como podría hacer el jurista que comenta las leyes en un Tratado), sino en declarar la certeza del precepto *ya individualizado* mediante el cual la ley regula en concreto una relación de la vida social ya en acto." Idem. P. 161

En el arbitraje de estricto derecho, el tribunal arbitral deberá decidir y justificar su decisión con estricto apego a las normas de jurídicas elegidas por las partes,²⁰ tal y como lo haría un juez al dictar una sentencia.

Sin embargo, por excepción, y sólo en aquellos casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, también puede optarse por el llamado arbitraje de equidad, también conocido como amigable composición.²¹

La característica singular del arbitraje de equidad es que, aunque estando siempre obligados justificar, razonar y motivar su decisión,²² conforme a esta opción, el tribunal arbitral puede resolver las controversias conforme a su buen juicio y sin tener que apegarse estrictamente a lo dispuesto las normas de jurídicas elegidas contractualmente por las partes.²³

²⁰ Véase los párrafos primero y segundo del artículo 1445 del Código de Comercio: "El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo de litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable." "En el arbitraje de estricto derecho, a falta de acuerdo de las partes, los árbitros se sujetarán a las reglas señaladas en el Código de Procedimientos Civiles del Estado, en su artículo 973. Tales reglas tienen relación con el tiempo y el contenido de la demanda y la contestación, señalándose la posibilidad de su ampliación; la audiencia de pruebas; la formulación de alegatos orales o escritos; la determinación del derecho aplicable al caso concreto; y la adopción de la decisión arbitral." Mireles Quintanilla, Gustavo A., "El Arbitraje: Un Método Alterno de Solución de Conflictos", <http://www.pjenl.gob.mx/ConsejoJudicatura/CEMASC/Articulos/arbitraje.pdf> (Consultado por última vez el 30 de julio de 2020)

²¹ Véase los párrafos tercero y cuarto del artículo 1445 del Código de Comercio: "El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso."

²² "... el laudo de conciencia tiene que estar basado en la razón y, por consiguiente, el razonamiento del árbitro debe ser riguroso. La facultad para obrar a su leal saber y entender no significa un poder de obrar arbitrariamente. La equidad no es un sentimiento sino una razón; y esa razón no se opone sino que complementa a la razón jurídica. La única diferencia con el laudo de Derecho es que la racionalidad del arbitraje de conciencia excede, desborda, los canales estrictos de la ley positiva. Por tanto, el laudo de conciencia está sujeto a una disciplina intelectual y a un razonamiento tan severos como el laudo de Derecho. Y precisamente, como se trata de una expresión del leal saber y entender del árbitro, es importante que se explicita la forma como se llegó a la conclusión: el razonamiento debe ser mostrado y demostrado a las partes de la controversia. Por tanto, el laudo de conciencia está sujeto a una disciplina intelectual y a un razonamiento tan severos como el laudo de Derecho. Y precisamente, como se trata de una expresión del leal saber y entender del árbitro, es importante que se explicita la forma como se llegó a la conclusión: el razonamiento debe ser mostrado y demostrado a las partes de la controversia." de Trazegnies Granda, Fernando, "Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia" IUS ET VERITAS 7, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Núm. 12, 1996. P. 122 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15541> (Consultado por última vez el 30 de julio de 2020).

²³ El Arbitraje de Equidad, también conocido como Amigable Composición²¹, o arbitraje *ex aequo et bono* es aquel en el que el árbitro no dicta el laudo mediante la estricta aplicación de los principios legales que regulan el caso concreto, sino con base a aquello que le dicta su propia conciencia. Aparentemente este es el uso más aceptado de este término, pues así es como se usa en la mayor parte de los reglamentos de las instituciones arbitrales y del mismo modo, esta es la manera en que se usa en México, tanto en la doctrina, en la ley y en las tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tal y como se puede leer a continuación: "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

Ahora, en todo arbitraje – ya sea en un arbitraje de equidad o en uno de estricto derecho – no sólo se conviene en que un tercero habrá de decidir el conflicto a través

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;” ARBITRAJE COMERCIAL. ACUERDO O COMPROMISO ARBITRAL Y CARACTERÍSTICAS DEL LAUDO PRONUNCIADO 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). 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. Tesis: 1a. CLXXI/2009. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, P. 426. “de equidad o amigable composición, aquel en que se habilita por las partes al árbitro para proponer soluciones de acercamiento entre intereses contrapuestos, propiciando fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa, es decir, que se rigen por las reglas de la caballerosidad y el honor que el compromiso supone, pero no por soluciones técnicas basadas en fórmulas de derecho o normas jurídicas;” ARBITRAJE. SUBCLASIFICACIONES BAJO CRITERIOS DE VALORACIÓN. 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. Tesis: 1a. CLXVIII/2009. Primera Sala, Novena Época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, P. 433. “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;” ARBITRAJE COMERCIAL. ACUERDO O COMPROMISO ARBITRAL Y CARACTERÍSTICAS DEL LAUDO PRONUNCIADO 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). 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. Tesis: 1a. CLXXI/2009. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, P. 426. “de equidad o amigable composición, aquel en que se habilita por las partes al árbitro para proponer soluciones de acercamiento entre intereses contrapuestos, propiciando fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa, es decir, que se rigen por las reglas de la caballerosidad y el honor que el compromiso supone, pero no por soluciones técnicas basadas en fórmulas de derecho o normas jurídicas;” ARBITRAJE. SUBCLASIFICACIONES BAJO CRITERIOS DE VALORACIÓN. 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. Tesis: 1a. CLXVIII/2009. Primera Sala, Novena Época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, P. 433. Concepto de Amigable Composición que proporciona el Diccionario Jurídico Mexicano (1994), de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: (escrito por Ignacio Medina Lima). La voz amigable, procede del latín amicabile, que es lo amistoso, propio de amigos. Es, por tanto, ésta, una forma de solucionar conflictos de intereses entre las partes por obra de terceros amigos de ambas, sin sujetar sus procedimientos a normas de derecho preestablecidas y sin apegarse para la decisión más que a la equidad y buena fe. Se trata de una de las más antiguas figuras de heterocomposición, de calidad un tanto patriarcal, que surgió en el seno de los grupos tan pronto como éstos alcanzaron un grado de evolución suficiente para comprender la conveniencia de abandonar el uso de la violencia y a poner en manos de amigos la composición pacífica de los conflictos. La amigable composición y el arbitraje, figuras que guardan entre sí una estrecha afinidad, han seguido su trayectoria histórica en marcado paralelismo, pero conservando cada una sus rasgos inconfundibles. La primera, como institución independiente de toda exigencia ritual y operante en términos de equidad; la segunda, estructurada conforme a preceptos impositivos de procedimiento y orientada a decidir conforme a derecho. De estos rasgos resulta que los amigables componedores han de ser, por definición, nombrados por las partes en todo caso, mientras que los árbitros que no hayan sido designados previamente por éstas podrán serlo por el juez, conforme a la ley. <http://mexico.leyderecho.org/amigable-composicion/>

de un procedimiento materialmente jurisdiccional en el que se conozca sobre el fondo de la controversia,²⁴ sino que está implícito que para que la decisión sea válida, a lo largo de este procedimiento necesariamente se deberán observar ciertas formalidades y garantía procesales mínimas.²⁵

Finalmente, debe agregarse que la decisión que dicte el tribunal arbitral (el laudo válidamente emitido) será vinculante para las partes y legitimará a aquella que se sienta con derecho para ello para solicitar le ejecución coactiva del laudo en cuestión recurriendo al sistema de justicia estatal en caso de incumplimiento voluntario del laudo arbitral, tal y como lo señalaré más adelante.

3. Los límites a la autonomía de la voluntad en materia arbitral

En la mayor parte de las jurisdicciones. – incluyendo a México– se acepta que el pacto arbitral, ya sea adoptado bajo la fórmula de una cláusula contractual, o de un compromiso arbitral, debe siempre ser producto de un acuerdo expreso entre las partes.²⁶

²⁴ "El carácter heterocompositivo del arbitraje exige que los árbitros, para ser tales, tengan facultad para pronunciarse sobre el fondo de la disputa. El laudo no es una mera opinión sobre aspectos técnicos, sino que consiste en una resolución, fundamentada ya sea en derecho o en equidad, de obligatorio cumplimiento para las partes, que si bien considera aspectos técnicos, no se restringe exclusivamente a emitir una opinión especializada sobre ellos." Idem.

²⁵ "La dimensión procesal del arbitraje, connatural a su carácter heterocompositivo, exige la observancia de garantías mínimas como premisa indispensable para que el Estado reconozca la fuerza obligatoria del laudo." Jara Vásquez, María Elena, Loc. Cit. P. 171. "Desde la perspectiva de la práctica arbitral suelen señalarse como esenciales los principios de celeridad, economía procesal, intermediación, concentración, igualdad, eficacia y buena fe; asimismo, desde una contemplación de los textos reguladores del arbitraje comercial internacional se alude a los principios dispositivo, contradicción, inquisitorio o de verdad material, oralidad y escrituración. Otro de los rasgos esenciales del arbitraje es la simplicidad de formas procesales empleadas; ello implica, entre otras cosas, que en el juicio arbitral no sean de aplicación las normas generales sobre práctica de la prueba en el procedimiento jurisdiccional, pues tales normas no poseen en el procedimiento arbitral la condición de reglas de *ius cogens*, de obligado cumplimiento para los jueces. El procedimiento arbitral que se diseña en las diversas reglamentaciones legales e institucionales se caracteriza por su flexibilidad y presta una especial atención a que las partes sean tratadas con igualdad, de que se les brinde las más amplias posibilidades, de audiencia y de que se les confiera la oportunidad de hacer valer sus derechos. Desde la perspectiva de la práctica arbitral suelen señalarse como esenciales los principios de celeridad, economía procesal, intermediación, concentración, igualdad, eficacia y buena fe; asimismo, desde una contemplación de los textos reguladores del arbitraje comercial internacional, se alude a los principios dispositivo, contradicción, inquisitorio o de verdad material, oralidad y escrituración. Incluso ciertos Códigos de ética arbitral y algunas legislaciones nacionales suelen ser más prolivos o escuetos." Fernández Rosas, José Carlos, "Premisas en torno al procedimiento arbitral", IURIS OMNES, Revista de la Corte Superior de Arequipa, Arequipa, Vol. XVII, No. 1-2015, Pp. 16 y 17. <https://eprints.ucm.es/33636/1/Premisas%20en%20torno%20al%20procedimiento%20arbitral%20-%20Jos%C3%A9%20Carlos%20Fern%C3%A1ndez%20Rozas%20283%29.pdf> (Consultado por última vez el 30 de julio de 2020)

²⁶ Véase el artículo 1423 del Código de Comercio: "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato." Véase también el artículo II, 1 y 2, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York 1958, "1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 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."

No obstante, como notable excepción, debe señalarse que en algunas jurisdicciones se han aceptado algunas formas de arbitraje implícito.²⁷

La celebración del pacto arbitral está regida por todas las normas generales aplicables a los acuerdos de voluntades entre las partes, pero, además, el acuerdo arbitral se considera como convenio separable e independiente de la relación jurídica subyacente que haya dado origen a la controversia que se pretende resolver, incluso cuando la opción arbitral se adopte mediante la fórmula de una cláusula contractual.²⁸

Más allá de los límites generales a la autonomía de la voluntad aplicables a todos los convenios y contratos, la libertad contractual también encuentra ciertos límites que son propios de la institución arbitral.

²⁷ El tema del arbitraje implícito excede los límites y alcance de este trabajo, pero por su importancia recomiendo la lectura de los siguientes artículos: Park, William W., "No Signatarios y el Arbitraje Internacional: El Dilema del Árbitro", FORSETI, No. 1, 2014. Pp. 19 a 53. http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/8.pdf (Consultado por última vez el 30 de julio de 2020) Labbé Arocca, Juan Pablo, "La Extensión del Acuerdo de Arbitraje a Terceros Aparentes en el Arbitraje Comercial Internacional: Análisis de Algunas Teorías", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Coquimbo, Año 25 - Nº 2, 2018 Pp. 201-236. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v25n2/0718-9753-rducn-25-02-00201.pdf> (Consultado por última vez el 30 de julio de 2020) Urbano Vallejo, Laura, Sujetos No Signatarios del Pacto Arbitral en Colombia, Bogotá, Tesis para optar por el título de Magíster en Derecho, Director: Magíster Sebastián Salazar Castillo, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, 2019. Pp. 1-78 <http://bdigital.unal.edu.co/74039/2/1019036512.2019.pdf> (Consultado por última vez el 30 de julio de 2020). "Los términos tan tajantes del art. 5 de la la no impiden que también en nuestro derecho se pueda hablar de consentimiento expreso y de consentimiento tácito al arbitraje. el fenómeno tan frecuente hoy en día del arbitraje multiparte tiene igualmente cabida en nuestro derecho. igual lo tiene el arbitraje en el caso de grupo de empresas, cuando intervienen diferentes filiales en una relación jurídica. en ambos supuestos, la vinculabilidad del convenio arbitral a empresas que formalmente no pactaron la cláusula arbitral pero que de hecho intervinieron en la relación jurídica base del arbitraje se convierte en una cuestión de prueba fáctica que tienen que valorar los árbitros a la hora de aceptar o denegar su propia competencia para incluir a una u otras sociedades en la relación jurídico arbitral. la aceptación tácita del arbitraje tiene que deducirse de inequívocos *facta concludentia* que permitan a los árbitros extender la relación procedimental a sociedades que no firmaron de forma expresa el convenio arbitral." Cremades, Bernardo M., "Consolidación de la Voluntad en España: El convenio arbitral", Loc. Cit. Pp. 662 y 663.

²⁸ "La doctrina de la separabilidad o el principio de la autonomía de la cláusula arbitral es una de las piedras angulares del arbitraje; caracterizada como una ficción legal, esta permite la independencia de la cláusula arbitral, posibilitando su supervivencia pese a los ataques de los que pueda ser objeto el contrato principal." Vargas Silva, Ángela Marcela, "La doctrina de la separabilidad: de los errores y afirmaciones más comunes hacia las verdaderas raíces de una regla de derecho internacional", Revista Internacional de Arbitraje, N°: 22, ENE.-JUN./2015, Bogotá. P. 97. Acceso el 30 de julio de 2020. http://legal.legis.com.co/document/IndeX?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_50f528fa8e1f49f8bcd28ca93446f866. "El principio de «separabilidad». Este principio significa que el ordenamiento considera el convenio arbitral como un «acuerdo autónomo», separable de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas. Lo cual conlleva algunas consecuencias importantes. Así, permite someter dicho convenio a un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo. Como consecuencia de lo anterior, el tribunal arbitral puede decidir sobre la (in)validez o nulidad del contrato principal sin, retrospectivamente, despojarse de su propia competencia. La separabilidad favorece, así pues, la integridad de la vía arbitral al asegurar que el arbitraje sea siempre el modo de solución cualesquiera que sean las vicisitudes de la relación principal." Virgós, Miguel, "El Convenio Arbitral en el Arbitraje Internacional", Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 14-2006. Acceso el 31 de julio de 2020. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf%3Fid%3D2104>.

En este sentido, quizá el límite más evidente, propio de la institución arbitral, sea el de la arbitrabilidad²⁹ del asunto que eventualmente podría ser sometido al procedimiento arbitral.³⁰

La arbitrabilidad de un determinado asunto se determina en sentido negativo,³¹ pues esto implica que los contenidos materiales que sean objeto del procedimiento arbitral o del laudo que resulte de este, no deben estar expresamente excluidos de la posibilidad de ser arbitrales, ya sea porque así lo establezca el derecho positivo de la sede del arbitraje o porque así lo determine el derecho positivo del lugar en el que se pretenda ejecutar el laudo.³²

Entre otras, en México actualmente se considera que no son arbitrables las cuestiones relacionadas con el estado civil o con la capacidad jurídica de las personas, las

²⁹ Normalmente se considera el orden público como otro de los límites a la autonomía de la voluntad en el arbitraje. Sin embargo, yo no he querido considerarlo así en este trabajo, ya que la limitación impuesta por el orden público opera por igual a nivel contractual.

³⁰ "La arbitrabilidad objetiva (en adelante arbitrabilidad) responde a la pregunta de qué materias pueden someterse a arbitraje. Tal dimensión puede ser vista, a lo menos, desde dos ópticas: a) como una restricción al poder de comprometer o una incapacidad legal derivada de las circunstancias referentes a la naturaleza del litigio; y b) como un defecto del convenio arbitral, condición de validez del mismo. En el primer caso, ésta se encuentra íntimamente ligada al fondo del asunto y, por consiguiente, es la *lex causae* o ley aplicable al fondo del litigio la que debe determinar si una determinada categoría de litigios es arbitrable y en qué circunstancias; en el segundo, en cambio, se someten estas consideraciones a la ley rectora de la validez por razones de fondo del convenio arbitral." Vásquez Palma, María Fernanda, "La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno", Revista *lus et Praxis* v.12 n.1, Talca, 2006. Acceso el 31 de julio de 2020. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100008. "el concepto de la inarbitrabilidad no admite esta especie de gradualidad, dado que una materia es arbitrable o no en virtud de sus características intrínsecas." Mereminskaya, Elina, "La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada", 12. Acceso el 31 de julio de 2020. http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Orden%20P%C3%BAblico_EMereminskaya.pdf. En sentido positivo, se ha afirmado lo siguiente: "Adicionalmente, de conformidad con la legislación mexicana, para que una controversia sea arbitrable debe satisfacer los siguientes requisitos: 1. no versar sobre un área expresamente excluida; 2. no versar sobre derechos de libre disposición; 3. no afectar el orden público; y 4. no involucrar derechos de terceros." Cabrera C., Orlando F., Nieto, Andrés, et al. "Arbitraje en el Sistema Bancario y Financiero en México", P. 921. Acceso el 31 de julio de 2020. <https://www.iccmex.mx/uploads/businessbulletin/marzo2016/artint/Arbitraje%20en%20el%20Sector%20Bancario.pdf>

³¹ "A la noción de arbitrabilidad oponemos el concepto de inarbitrabilidad, es decir conflictos que no son susceptibles de ser sometidos a arbitraje." Prado Salazar, Marcelo Alfonso, Arbitrabilidad de los Litigios a la Luz de la Unificación del Derecho en Materia de Arbitraje Comercial Internacional, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Tesis profesional, Profesora guía: Sra. Elina Mereminskaya P. 62. Acceso el 31 de julio de 2020. http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-prado_m/pdfAmont/de-prado_m.pdf.

³² "En el escenario internacional, tal determinación es doble por cuanto no sólo importa delimitar la arbitrabilidad respecto de la legislación por la cual se rijan las partes, sino que además, aquella donde se piensa cumplir y ejecutar la sentencia arbitral, las que no siempre serán coincidentes provocándose, de esta forma, la ineficacia del laudo arbitral." Vásquez Palma, María Fernanda, "La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno", Revista *lus et Praxis* v.12 n.1, Talca, 2006. Acceso el 31 de julio de 2020 https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100008.

sucesiones, la propiedad intelectual y los procedimientos de concursos de acreedores, ya sean civiles o mercantiles.³³

Sin embargo, tal y como ya se ha indicado, la arbitrabilidad no es una cuestión intrínseca de la institución arbitral, sin exógena y circunstancial, pues como lo he señalado anteriormente, depende totalmente de lo que se establezca en el derecho positivo de la sede arbitral o del lugar en el que se pretenda ejecutar el laudo.

4. El arbitraje y su relación con la función jurisdiccional

En el mundo del Estado Moderno, el principio jurídico fundamental de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano,³⁴ encuentra su correlato en la consagración del monopolio estatal para la impartición de justicia.³⁵

Así, el Derecho Fundamental a la impartición de Justicia por parte del Estado es irrenunciable y, consecuentemente, todos y cada uno de los elementos que conforman la institución arbitral, desde el pacto arbitral, hasta el laudo mismo y su ejecución, así como todas las etapas intermedias entre uno y otro punto, siempre deben estar sometidas al orden jurídico y al control jurisdiccional ejercido por el Estado, que es a quien le corresponde ejercer el control de juridicidad, así como la instrumentación y ejecución de las medidas que requieran ser implementadas de manera coactiva.

Esto implica que – en principio – todos los actos jurídicos pueden ser objeto de control jurisdiccional, y que, en ningún caso las personas pueden hacer valer sus derechos por sí mismas cuando haya oposición de aquellos contra quienes se ejecutar alguna medida.

³³ "El que una controversia sea arbitrable no es un tema regulado por la ley mexicana de arbitraje, 2 es el resultado de lo dispuesto por el derecho sustantivo aplicable. La determinación de qué materias pueden ser sujetas al arbitraje es una cuestión de derecho y política legislativa nacional que rebasa el derecho arbitral y es dependiente de la materia en cuestión." González de Cossío, Francisco, *Arbitrabilidad de Controversias en Materia de Sociedades Mercantiles. Notas para una discusión*. P. 1.

Acceso el 31 de julio de 2020. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSIAS.pdf>. "Para que una controversia sea arbitrable bajo derecho mexicano debe satisfacer positivamente los siguientes cuatro criterios: (1) no versar sobre un área expresamente excluida; (2) versar sobre derechos de libre disposición; (3) no afectar el interés público; y (4) no involucrar derechos de tercero." Ídem. P. 3

³⁴ "La sociedad humana desde que organizada proclamó el principio de que a nadie es lícito tomar la justicia por su mano, expresión gráfica de que la función jurisdiccional no compete al particular interesado sino que es misión de un órgano independiente cuya actuación se regula con mayor perfección a medida que se robustece el poder del Estado, ha tendido siempre a valorar esta función como la de importancia más destacada y ha cifrado su mayor orgullo en realizar el ideal de la Justicia con mayor exactitud." Silva Melero, Valentín, "En Torno a La Función del Juez en el Estado Moderno", *Revista de la Universidad de Oviedo*, Vol. III, Nos. 9-10, 1942, 20. "Sin embargo, partir del surgimiento del Estado moderno y fundamentalmente a partir del constitucionalismo, el Estado prácticamente vino a ejercer un monopolio sobre la impartición de la justicia, relegando a un segundo plano al proceso arbitral." Cruz Barney, Óscar, "Notas sobre los Medios Alternativos de Solución de Controversias", *México, Ars Iris*, Vol. 23, 2000. 140 No obstante, debe señalarse que en algunas jurisdicciones sí se permite el ejercicio de medidas unilaterales de autoayuda, tal y como ocurre con las opciones de "self help" disponibles en algunos países del Common Law, y como ocurre con el "pacto comisorio" en los países de Tradición Romano-Germánica.

³⁵ En México, los principios que consagran el monopolio estatal sobre la impartición de justicia se encuentran expresamente consagrados en lo dispuesto por los artículos 17, 49 primer párrafo, 94 primer párrafo, y 116 primer párrafo, fracción IIIª de la Constitución Mexicana.

Así, la intervención judicial en el arbitraje puede tener lugar, ya sea para ejercer el control jurisdiccional de un acto determinado, o para auxiliar a las partes – o al tribunal arbitral – para hacer valer una cierta medida aún en oposición de aquellos contra quienes se debe ejecutar la misma.

En el arbitraje, el control jurisdiccional validez de la cláusula arbitral puede ocurrir en dos diferentes momentos: al iniciarse un procedimiento arbitral,³⁶ o bien, cuando se

³⁶ El artículo 1424 del Código de Comercio a la letra dice: "El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible." Código de Comercio (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 475 del 21-12-1955). En este sentido, se ha interpretado que, al intentarse una acción judicial, y eventualmente frente a la solicitud de remisión judicial al arbitraje, se presenta una primera oportunidad para solicitar la nulidad de la cláusula arbitral. "REMISIÓN AL ARBITRAJE INTERNACIONAL. EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO PARA RESOLVER DE INMEDIATO ESA SOLICITUD, GARANTIZA EL DERECHO DE AUDIENCIA, AL DAR OPORTUNIDAD DE ALEGAR MEDIANTE LA VISTA QUE SE OTORGA A LAS PARTES. Los artículos 1424, 1464 y 1465 del Código de Comercio, en lo conducente, disponen que cuando ante un Juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de arbitraje, una de las partes solicite la remisión al arbitraje internacional, aquél, previa vista a las demás partes, resolverá de inmediato y sólo podrá denegarla: a) Si en el desahogo de la vista se demuestra por medio de resolución firme, sea en forma de sentencia o laudo arbitral, que se declaró la nulidad del acuerdo de arbitraje; o, b) Si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son notorias desde el desahogo de la vista, cuya determinación debe estar precedida observando un criterio riguroso (El subrayado es del autor de este trabajo). En este contexto se concluye que el trámite de la solicitud referida, establece formalidades esenciales de todo procedimiento, en la medida en que garantiza el derecho de audiencia previa a la resolución respectiva, ya que admite la oportunidad de alegar mediante la vista que se otorga a las partes, en la que además, dada la naturaleza de las excepciones que pueden oponerse, únicamente son factibles de aportarse pruebas que no requieran preparación para su desahogo, pues la nulidad del acuerdo arbitral debe acreditarse por medio de resolución firme, sea en forma de sentencia o laudo arbitral, en tanto que la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje, en virtud de que tienen que ser notorias y analizadas bajo un criterio riguroso, implica que sólo puedan hacerse valer argumentos relacionados con cuestiones de derecho y, en su caso, exhibir documentales para ese efecto, por tal razón, la parte actora del juicio de origen en donde se presentó la petición, no carece de un medio para ser escuchada previo al dictado de la resolución que decida sobre la solicitud al arbitraje, en la medida en que cuenta con el desahogo de la vista para demostrar la ilegitimidad de la cláusula arbitral que no le es desconocida porque forma parte del contrato celebrado por ella, en la que se estipuló que cualquier controversia o reclamación que surja o esté relacionada con el contrato o cualquiera de los otros contratos o su incumplimiento deberá ser sometida al arbitraje. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 34/2019. Internacional de Cerámica, S.A.B. de C.V. 15 de agosto de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Cuenca Zamora. Secretaria: Liliana Flores Beltrán. Tesis: XVII.2o.C.T.12 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. No. 2021255. Tribunales Colegiados de Circuito. Libro 73, Diciembre de 2019, Tomo II. Pag. 1150. Tesis Aislada." "ARBITRAJE COMERCIAL. EL CONTROL JUDICIAL DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL PUEDE EJERCERSE SÓLO EN UNA DE LAS OPORTUNIDADES PREVISTAS. La interpretación teleológica e histórica de los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, semejantes en contenido normativo a los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en español y en inglés), revela que el legislador mexicano buscó dar cabal eficacia al compromiso arbitral y facilitar la realización de los arbitrajes, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias, impidiendo el empleo de dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, aun cuando se ejerciera el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral. Ciertamente, el tribunal arbitral puede decidir sobre su propia competencia, con base en el principio de origen germano "Kompetenz-Kompetenz", o competencia-competencia, analizado ampliamente por la doctrina e implícitamente reconocido en el texto de los preceptos interpretados, pero ello no significa que ese tema escape al control de los tribunales del Estado, aunque lo distintivo, en el sistema del Código de Comercio, es que son dos los momentos en que puede ejercerse: antes o después del dictado del laudo arbitral (El subrayado es el autor de este trabajo y no forma parte de la tesis en cita). Sin embargo, en aras del respeto a la cosa juzgada en materia de competencia, así como de no entorpecer la tramitación, resolución y ejecución del arbitraje comercial, una vez que se ha ejercido ese control, y determinado a quién corresponde la competencia, no podrá ejercerse en alguna otra de las oportunidades previstas para hacerlo. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 251/2010. Carrera, S.A. de C.V. 17 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. Amparo en revisión 127/2010. Carrera, S.A. de C.V. 17 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. Tesis: I.4o.C.308 C. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. No. 162932. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXXIII, febrero de 2011. Pag. 2249. Tesis Aislada (Civil)."

intente ejecutar un laudo y se cuestione su validez en los términos de lo dispuesto por el artículo 1457 del Código de Comercio.³⁷

Además, el auxilio de la jurisdicción ejercida por el Estado, puede darse en diferentes momentos del procedimiento arbitral: cuando una parte intente alguna acción frente a los tribunales Estatales a pesar de haberse pactado un acuerdo arbitral,³⁸ cuando el tribunal arbitral requiera instrumentar alguna medida que requiera ejecución coactiva y auxilio judicial durante el procedimiento arbitral (incluyendo medidas cautelares),³⁹ y finalmente, cuando se intente el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.⁴⁰

5. La ejecución de los laudos arbitrales

La ejecución de un laudo arbitral implica tanto que un tribunal jurisdiccional del Estado reconozca que un determinado laudo arbitral tiene naturaleza jurídica ejecutiva,⁴¹

³⁷ "Artículo 1457.- Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando. I.- La parte que intente la acción pruebe que: a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana; b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o. II.- El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público." Sobre este artículo quisiera mencionar brevemente que, en mi opinión, el supuesto consagrado en la fracción II, no se trata de una causa de nulidad, sino una causa de oposición a la ejecución del laudo por inhabilitabilidad de la materia contenida en el mismo, ya que en este supuesto no se cuestiona la validez del laudo en cuestión.

³⁸ Justamente de esto se trata en la remisión al arbitraje a la que se refieren el artículo 1424 antes citado, y la cual siempre debe leerse en relación con lo previsto por los artículos 1464 y 1465 del propio Código de Comercio que contiene los lineamientos procesales para hacer efectiva dicha remisión.

³⁹ Las del Código de Comercio en vigor resultan relevantes sobre este particular, el artículo 1427 establece que: "Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente: III.- A falta de tal acuerdo: a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez;" el artículo 1466 dispone que: "Se tramitarán en vía de jurisdicción voluntaria conforme a los artículos 530 a 532 y 534 a 537 del Código Federal de Procedimientos Civiles: I. La solicitud de designación de árbitros o la adopción de medidas previstas en las fracciones III y IV del artículo 1427 de este Código. II. La solicitud de asistencia para el desahogo de pruebas prevista en el artículo 1444 de este Código. III. La consulta sobre los honorarios del Tribunal Arbitral prevista en el artículo 1454 de este Código." Los artículos 1478 y 1479 proveen respectivamente que: "El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425," y "Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480." Finalmente, el artículo 1478 establece: "El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425."

⁴⁰ Artículo 1461 del Código de Comercio: "Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo."

⁴¹ El artículo 1391 del Código de Comercio en vigor prevé a la letra: "El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución. Traen aparejada ejecución: I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;" Quizá la fórmula "sentencias arbitrales inapelables" parezca extraña, pero de be recordarse que el Código de Comercio mexicano es de 1889 y que incluso la Convención de Nueva York de 1958 utiliza esa fórmula ahora desusada de llamar "sentencias arbitrales" a los "laudos arbitrales".

por lo que, consecuentemente éste se debe ejecutar en sus términos sin que para ello sea necesario seguir un procedimiento de homologación;⁴² aunque debe también decirse que para la ejecución no se sigue el procedimiento ejecutivo que es el que en principio correspondería a los títulos ejecutivos conforme a lo dispuesto por el Código de Comercio, pues de conformidad con lo previsto los artículos 1472 a 1476 del título IV de ese mismo ordenamiento, el reconocimiento ejecución de los laudos arbitrales debe realizarse conforme a lo establecido por el llamado Juicio Especial Sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje.⁴³

Por otra parte, en México se ha considerado que el contenido material de los laudos no puede ser revisado, ni reabierto, y que las únicas posibilidades para combatir la ejecución de un laudo consisten en las causales de nulidad establecidas por el artículo 1457 del Código de Comercio,⁴⁴ o en aquellos casos en los que haya una causal fundada para oponerse contra la ejecución del mismo en los términos del artículo 1462 del mismo ordenamiento.⁴⁵

Finalmente, cuando se solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo como defensa en un juicio u otro procedimiento, el propio Código de Comercio señala que no será necesario seguir el Juicio Especial Sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje al que se ha hecho referencia anteriormente.

⁴² El artículo 1471 del Código de Comercio a la letra dice: "para el reconocimiento y ejecución de los laudos a que se refieren los artículos 1461 a 1463 de este Código, no se requiere de homologación."

⁴³ El Juicio Especial Sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje se encuentra regulado de los artículos 1473 al 1480 del Título Cuarto del Código de Comercio.

⁴⁴ El artículo 1457 del Código de Comercio a la letra dice: "Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando. I.- La parte que intente la acción pruebe que: a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana; b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o II.- El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público."

⁴⁵ El artículo 1462 del Código de Comercio a la letra dice: "Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando: I.- La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución que: a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere iniciado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, sin las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que, o conforme a cuyo derecho, hubiere sido dictado ese laudo; o II.- El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público."

CONCLUSIÓN

Los Métodos Alternativos para la Solución de Controversias han ido cobrando mayor importancia práctica cada día y del mismo modo, nuevas opciones se han ido desarrollando.

En este trabajo me he referido a tres métodos heterocompositivos: el Peritaje Técnico, los Dispute Boards y el arbitraje.

El Peritaje Técnico y los Dispute Boards son alternativas a las que se puede recurrir de manera temprana para salvar el contrato cuando aparecen dificultades de opinión o de interpretación entre aquellos a los que se ha encargado la implementación operativa de un proyecto derivado del mismo.

Por otro lado, el arbitraje no es una medida para salvar el contrato, sino para solucionar un diferendo que irremediablemente ya llevó al quebrantamiento de la relación entre las partes, de tal modo que la implementación y ejecución del contrato ya no es viable.

Pero sea una u otra la alternativa que se elija debe subrayarse que la viabilidad y eficacia cualquiera de los tres métodos estudiados parte de la redacción de una buena cláusula o compromiso, que verdaderamente responda a aquello que se pretende lograr con la alternativa elegida.⁴⁶

Finalmente, quizá vale recordar la conversación de Alicia en su encuentro con el gato de Cheshire, pues para saber qué camino es el que se debe tomar, primero hay que saber a dónde se quiere llegar y en ese sentido la elección de método heterocompositivo más adecuado será aquel que mejor responda a aquello que se pretenda lograr en el contexto del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, Ursicino, 1947. Prólogo a *Libertad y voluntad en el Derecho* de Rocamora Valls, Pedro. Madrid: Gráficas Varela. P.

Amparo directo 71/2014. Comisión Federal de Electricidad. 18 de mayo de 2016. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto particular y Norma Lucía Piña Hernández, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Décima Época. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=174099> (Consultado por última vez el 26 de julio de 2020)

⁴⁶ En este trabajo me he referido expresamente a la importancia de la redacción de la cláusula en la que se prevea el Peritaje Técnico, los Dispute Boards, o ambos; sin embargo no he hecho referencia expresa a la redacción de la cláusula arbitral pues en mi opinión sólo este tema ameritaría por sí mismo un trabajo monográfico especializado.

- Amparo directo en revisión 992/2014. Rosario del Carmen Pacheco Mena y otros. 12 de noviembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebollo, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Décima Época. Instancia: Primera Sala Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I Tesis: 1a. CDXXV/2014 (10a.). Página: 219. Núm. de Registro: 2008086 Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional.
- 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. Tesis: 1a. CLXXI/2009. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, P. 426
- 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. Tesis: 1a. CLXVIII/2009. Primera Sala, Novena Época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, P. 433.
- 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. Tesis: 1a. CLXXI/2009. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, P. 426.
- 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. Tesis: 1a. CLXVIII/2009. Primera Sala, Novena Época, Tomo XXX, Septiembre de 2009, P. 433.
- 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. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Mayo de 2011. Tesis: I.3o.C.935 C. Página: 1019. Núm. de Registro: 162220 Tesis Aislada Materia(s): Civil.
- Anónimo, *Teoría general del contrato y autonomía de la voluntad*. Iberley. Acceso el 22 de julio de 2020. https://www.iberley.es/temas/teoria-general-contrato-autonomia-voluntad-31151#:~:text=La%20base%20de%20la%20teor%C3%ADa,intereses%20que%20las%20partes%20desean_
- Cabrera C., Orlando F., Nieto, Andrés, et al. "Arbitraje en el Sistema Bancario y Financiero en México", P. 921. Acceso el 31 de julio de 2020. <https://www.iccmex.mx/uploads/businessbulletin/marzo2016/artint/Arbitraje%20en%20el%20Sector%20Bancario.pdf>
- Cabrera Colorado, Orlando F, "Solución de controversias en contratos de construcción", México, Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, No. 75, agosto de 2015. P. 13
- Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código*, trad. de Santiago Sentis Melendo de la segunda edición de 1943, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, 1986. T. I, Pp. 159 y 160),
- Capuñá y Chafloque, Fernando y Ferruzo Dávila, Gianfranco R., "Breves Apuntes Sobre Los Dispute Board Resolution", LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, Núm. 10, 2014. P. 106.
- Castillo Freyre, Mario, «Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos» (presentación, Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Universidad Católica del Perú, Estudio Mario Castillo Freyre, 2014). P. 9

- Constantinesco, Léontin-Jean, *Tratado de Derecho Comparado*, traducción de Eduardo Freitas da Costa (Madrid: Editorial Técnos, 1981), 17
- Cornelio Landero, Eglá, «Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano», *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 17: 85.
- Cremades, Bernardo M., "Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El convenio arbitral", *Loc. Cit.* Pp. 662 y 663.
- Cremades, Bernardo M., «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral», en Soto Coaguila, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho Arbitral*, Lima, Tomo I, El Convenio Arbitral, (Perú: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011), 661
- Cruz Barney, Óscar, "Notas sobre los Medios Alternativos de Solución de Controversias", México, *Ars Iris*, Vol. 23, 2000. 140
- Cuadra Ramírez, José Guillermo, «Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia» (informe presentado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el curso de verano "Medios Alternativos de Resolución de Conflictos" por la Fundación General de la Universidad de Salamanca, México) p. 21. Acceso el 22 de julio de 2020
- CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 251/2010. Carrera, S.A. de C.V. 17 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. Amparo en revisión 127/2010. Carrera, S.A. de C.V. 17 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. Tesis: I.4o.C.308 C. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. No. 162932. Tribunales Colegiados de Circuito. Tomo XXXIII, febrero de 2011. Pag. 2249. Tesis Aislada (Civil)."
- Delegación Federal Tamaulipas de la Procuraduría Agraria, *Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC)*, *Loc. Cit.* P. 28 y 29. Acceso el 30 de julio de 2020. http://www.pa.gob.mx/publica/rev_60/analisis/medios_alternos.pdf
- Fernández Rosas, José Carlos, "Premisas en torno al procedimiento arbitral", *IURIS OMNES*, Revista de la Corte Superior de Arequipa, Arequipa, Vol. XVII, No. 1-2015, Pp. 16 y 17. <https://eprints.ucm.es/33636/1/Premisas%20en%20torno%20al%20procedimiento%20arbitral%20-%20Jos%C3%A9%20Carlos%20Fern%C3%A1ndez%20Rozas%20%283%29.pdf> (Consultado por última vez el 30 de julio de 2020)
- Fix-Zamudio, Héctor, «Autonomía de la Voluntad», en *Diccionario Jurídico Mexicano*. 239
- González de Cossío, Francisco, "Efecto Legal de las Determinaciones de los Dispute Boards: Un Comentario", <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Efecto%20Legal%20Determinaciones%20Dispute%20Boards.pdf>
- González de Cossío, Francisco, *Arbitrabilidad de Controversias en Materia de Sociedades Mercantiles. Notas para una discusión*. P. 1. Acceso el 31 de julio de 2020. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRABILIDAD%20CONTROVERSIAS.pdf>.
- González de Cossío, Francisco, *Arbitraje* (México, Editorial Porrúa, 2004), P. 25.
- Guzmán-Barrón Sobrevilla, César, Introducción en *Idem*. P. 15.
- Hernández García, Roberto, "Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias", en Hernández García, Roberto (coordinador), *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, *Loc. Cit.* P. 27.
- ICC Mexico. Reglamentos sobre Peritos. [https://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-0SPAReglamentossobrePeritos\(2015\).pdf](https://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-0SPAReglamentossobrePeritos(2015).pdf) (Consultado por última vez el 23 de julio de 2020)

- Jara Vásquez, María Elena, *El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador*, Tesis Doctoral, Tutora: Vanesa Aguirre Guzmán, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Área de Derecho, Programa de Doctorado en Derecho, 2016. P. 30
- Jiménez Figueres, Dyalá y Roque J. Caivano, "Funcionamiento de los 'dispute boards de la CCI y su encuadre en el derecho argentino, Bogotá, Revista Internacional de Arbitraje, Enero – Junio, 2007. P. 149. Este artículo contiene una magnífica descripción de los orígenes de esta alternativa heterocompositiva. Cfr. Idem. Pp. 15 y ss. <http://djarbitraje.com/pdf/283Revista%20Internacional%20de%20Arbitraje%20Dispute%20Boards%20con%20Roque%20Caivano.pdf> (Consultada por última vez el 26 de julio de 2020)
- Labbé Arocca, Juan Pablo, "La Extensión del Acuerdo de Arbitraje a Terceros Aparentes en el Arbitraje Comercial Internacional: Análisis de Algunas Teorías", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, Coquimbo, Año 25 - N° 2, 2018 Pp. 201-236. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v25n2/0718-9753-rducn-25-02-00201.pdf> (Consultado por última vez el 30 de julio de 2020)