

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE. UN EJERCICIO DE BALANCE QUÍMICO

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO*

RESUMEN: La naturaleza jurídica del arbitraje ha mostrado ser elusiva. Sus elementos con frecuencia se confunden o controvierten. Este estudio analiza dicha noción por medio de un método lógico que discierne su género próximo y establece su diferencia específica, y además compara a la institución con nociones vecinas.

ABSTRACT: The legal nature of arbitration has proved elusive. Its elements are frequently confused or debated. This essay analyzes its legal nature following a logical method: establishing its basic genus and differentiating it from other institutions.

RÉSUMÉ: La nature juridique du arbitrage a montré être évasive. Ses éléments habituellement sont confondus ou controversent. L'étude analyse cet notion en suivant un méthode logique en discernant son genre congénère et en établissant son différence spécifique, en comparant l'institution avec notions similaires.

* Árbitro en casos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje y derecho económico (mercantil y competencia económica) en la Universidad Iberoamericana. Miembro del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte; coordinador del Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana de Abogados; presidente de la Comisión de Competencia Económica del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional; representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; miembro del International Arbitration Institute; miembro y director general del Instituto Mexicano de Arbitraje; y árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo de Lausanne, Suiza (Tribunal Arbitral du Sport). Cualquier observación es bienvenida a: fgcosio@gdca.com.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La molécula ‘arbitral’ a través de la separación de sus átomos*. III. *Comentario final. Teoría atómica del arbitraje*.

I. INTRODUCCIÓN

La naturaleza jurídica de la institución arbitral ha mostrado ser elusiva por diferentes razones, de las cuales se destacan dos. Primero, existe diferencia de opinión sobre cuáles son los elementos esenciales del compuesto arbitral. Segundo, por su frecuente mezcla con otras instituciones (elementos) que hacen que el compuesto final sea complejo. De allí su similitud con el balance químico.

En este ensayo se analizará dicha naturaleza. Para ello procederé a dividir los elementos del compuesto arbitral, para luego depurarlo mediante su destilación (vía comparación y diferenciación) de otras sustancias que se le asemejan, para finalizar con un comentario conclusivo que muestre al compuesto arbitral en su estado químicamente puro.

II. LA MOLÉCULA ‘ARBITRAL’ A TRAVÉS DE LA SEPARACIÓN DE SUS ÁTOMOS

1. *Introducción*

La composición de la “fórmula química de la molécula¹ arbitral” ha generado debate. No se ha encontrado una que llegue a grado de ley (sea unánimemente aceptada), aunque empieza a percibirse un fórmula teórica (en la doctrina) y empírica (en la práctica arbitral) sobre cuál es la más aceptada, a raíz de sus propiedades² físicas y químicas (sus consecuencias jurídicas y prácticas).

1 Una “molécula” es un agregado de por lo menos dos átomos que se mantienen unidos a través de fuerzas o enlaces químicos.

2 Las sustancias se caracterizan por sus propiedades y su composición. Una propiedad física se puede medir y observar sin que cambie la composición o identidad de la sustancia. Una propiedad química es observable mediante un cambio químico. Chang, Raymond, *Química*, 7a. ed., México, Williams College, McGraw Hill, 2002, p. 11.

2. Nomenclatura inicial: definición legal

Lejos de ayudar, la nomenclatura³ química bajo los textos legales complican el destilado. Por ejemplo, la ley mexicana de arbitraje⁴ —siguiendo la pauta de la Ley Modelo—⁵ optó por no definir el tema.⁶ O, más bien, adoptó una definición que un puritano de la lógica criticaría enérgicamente⁷ y calificaría de ‘circular’.⁸ El artículo 1416 del Código de Comercio dice: “Para los efectos del presente título se entenderá por... *Arbitraje*: cualquier procedimiento *arbitral* de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo... (énfasis añadido)”.

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

3 La nomenclatura química es el nombre de los compuestos químicos. *Ibidem*, p. 53.

4 El título cuarto del libro quinto del Código de Comercio (que en este estudio llamaré en forma abreviada como “la ley mexicana de arbitraje”) constituye el lugar donde se ha vertido la Ley Modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional (la “Ley Modelo”) que México adoptó en 1993. Las alusiones a derecho arbitral mexicano obedecen a la jurisdicción de origen del autor. Sin embargo, las apreciaciones son aplicables a otras jurisdicciones.

5 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

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

7 Puesto que es un principio básico de la lógica que lo definido no puede entrar en la definición. Véase Copi, Irving M. y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, México, Limusa, Noriega Editores, 1995, p. 197.

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

A la fecha de este estudio, no existe una decisión judicial mexicana que resuelva la interrogante. Ante ello, en este estudio se presentarán elementos⁹ que pueden ser de utilidad para cuando dicho tema se ponga bajo el microscopio de nuestra judicatura.

En química existen dos tipos de fórmulas: las moleculares y las empíricas. A continuación se experimentará con cada una para intentar incluir en una probeta conceptual al elemento arbitral.

3. *Fórmula molecular: definición doctrinal*

Diferentes “químicos” han teorizado sobre la fórmula molecular¹⁰ del compuesto¹¹ arbitral. De las diversas definiciones académicas existentes deseo adoptar aquella que, en una brillante tesis doctoral, un experto francés (Charles Jarrosson) propone:¹² el ‘arbitraje’ es una institución¹³ por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos.¹⁴

Dicho tercero es un árbitro.¹⁵ Y sobre la figura del árbitro, otra (también brillante) tesis doctoral francesa, propone el siguiente concepto: el ‘árbitro’ es un juez privado designado por aquellos quienes desean que

9 En la química, un “elemento” es una sustancia que no se puede separar en sustancias más simples. Comparten los mismos átomos. Chang, *op. cit.*, nota 2, p. 9.

10 Una fórmula molecular indica el número exacto de átomos de cada elemento que está presente en la unidad más pequeña de la sustancia.

11 Un “compuesto” es una sustancia formada por átomos de dos o más elementos unidos químicamente en proporciones definidas. Es un conjunto de dos o más elementos. Chang, *op. cit.*, nota 2, p. 9.

12 Jarrosson, Charles, *La notion d’arbitrage*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Bibliotheque de Droit Privé, 1987, p. 372.

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

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

15 En este contexto, dada la importancia del papel y su utilidad en la definición, se hacen algunas observaciones sobre el árbitro. En caso de desear abundar sobre ello y su régimen, véase González de Cossío, *El árbitro, homenaje al doctor Rodolfo Cruz Miramontes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; y *El Árbitro, Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 31, 2007.

resuelva su controversia.¹⁶ Otros expertos comparten la postura. Por ejemplo, Rubellin-Devichi dice que el árbitro es un juez privado investido de una misión jurisdiccional de origen contractual.¹⁷ Por su cuenta, Motulsky dice que la misión del árbitro es la misma que la del juez.¹⁸

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

Habiendo discernido los átomos presentes en el elemento arbitral, diferenciémoslo mediante una fórmula empírica.

4. *Fórmula empírica: qué no es ‘arbitraje’*

En química, una fórmula empírica indica cuáles elementos están presentes y la relación mínima entre sus átomos. De nuevo, diferentes “químicos” han experimentado con diferentes elementos, estableciendo nociones sobre el compuesto arbitral dentro de elementos químicos ya existentes. Siguiendo un método empírico, veamos si sus conclusiones son sostenibles.

Los compuestos con los que se ha asemejado el arbitraje son 1) La mediación y conciliación, 2) El mandato, 3) La transacción y 4) *Expertise*. A continuación se combinarán para ver si pueden disolverse en un mismo concentrado (es decir, para ver si las instituciones son semejantes).

A. *Mediación y conciliación*

Existe un amplio (y cansado, en mi opinión)¹⁹ debate sobre el concepto y diferencia entre la mediación y conciliación. No será repetido en

16 Clay, Thomas, *L'Arbitre*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, p. 18.

17 Rubellin-Devichi, J., *L'arbitrage, nature juridique*, LGDJ, 1965, Jurisclasseur de procédure civile, fascicule 1005, (“l’arbitre, juge privé, est investi d’une mission juridictionnelle d’origine contractuel”).

18 Motulsky, Henry, *Ecrits*, t II: *Études et notes sur l'arbitrage*, p. 6 (“la mission de l’arbitre est exactement la même que celle du juge”).

19 Pues la discusión es, en buena medida, semántica. No veo que tenga mucho contenido. Es por ello que el estudio citado en la siguiente nota y en la obra *Arbitraje* (Porrrúa, 2004), adoptó una postura que busca prescindir de debates formales, de nomenclatura, para entrar el fondo del asunto. Al respecto propongo que existen dos instituciones

este contexto.²⁰ Para efectos de este análisis ambos serán concebidos como mecanismos de solución de controversias en los que participa un tercero-neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión que el tercero pueda sugerir sea ejecutable.

Hay quien confunde al árbitro con el mediador o conciliador. Ello deriva de que las tres figuras comparten un átomo: en todas participa un tercero extraño que, con niveles distintos de intervención, colabora para resolver la controversia de las partes. Pero no comparten otras propiedades: las facultades del tercero. Mientras que el mediador interviene para ayudar a las partes a que *ellas mismas* resuelvan su controversia y el conciliador sugiere una solución; el árbitro realiza un acto jurisdiccional: emite un fallo (el laudo) que tiene fuerza de cosa juzgada y que vincula (obliga) a las partes.

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

Como puede verse, las propiedades químicas y físicas son radicalmente distintas. Por lo expuesto, el arbitraje, la mediación y conciliación son insolubles.

B. *Mandato*

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

Considero que su masa molecular es diversa. Si bien existe cierta aproximación en su masa molar, la asimilación peca de algo importante (que diferencia su espectrometría de masas): en el mandato, los mandantes no sólo pueden encomendar qué hacer al mandatario, sino cómo ha-

parecidas mas distintas, y su diferencia da un valor agregado diverso para resolver diferentes tipos de controversias. Es por ello que en el estudio citado hago un llamado a que se entienda la (distinta) herramienta que cada una proporciona, y a que no nos perdamos en debates sobre títulos.

20 En caso de desear abundar sobre ello, consúltese “Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el desarrollo del área”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 28, 2004, p. 213.

cerlo. Tomando esto en cuenta, considero que se está forzando la noción. Las partes no pueden decirle al árbitro cómo resolver, por lo que la caracterización parece inadecuada.

Como puede verse, el mandato y el arbitraje simplemente no se mezclan.

C. *Transacción*

Algunos postulan disolver al arbitraje con una transacción (asimilándolos). El motivo principal reside en que comparten una propiedad: mediante ambos se obtiene un documento que tiene fuerza de cosa juzgada.

Considero que hacerlo sería una reacción²¹ de oxidación: implica la pérdida de electrones. Existen tres motivos por los que la institución dista de poder abarcar al arbitraje. El primero es palpable: en la transacción no hay tercero. El segundo es un poco más sutil: mediante la transacción las partes, haciéndose recíprocas concesiones, resuelven una controversia. En el arbitraje esto no sucede. No hay recíprocas concesiones. El árbitro determinará a quien asiste el derecho, sin que por dicho motivo haya ocurrido una concesión frente a la otra parte.²²

Tercero, el arbitraje resulta en un *acto jurisdiccional*. La transacción es un contrato. En la transacción no hay una renuncia de ejercer ante tribunales un derecho de acción. En el arbitraje sí.²³

Como puede verse, la transacción y el arbitraje son agua y aceite.

21 Una reacción química es un proceso en el que una sustancia (o sustancias) cambia(n) para formar una o más sustancias nuevas. Chang, *op. cit.*, nota 2, p. 82.

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

23 Lo que se conoce como el “efecto negativo” del acuerdo arbitral. En forma relevante, recientemente se ha emitido una tesis jurisprudencial que hace eco de esta teoría, conocida como la francesa. Una tesis reciente adopta esta postura: “NULIDAD DE ACTOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL MERCANTIL. NO CORRESPONDE SU CONOCIMIENTO A UN TRIBUNAL JUDICIAL. La existencia de un acuerdo de arbitraje produce para las partes efectos positivos y negativos. Los primeros en relación con la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas. Los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la controversia o diferencia que es materia de compromiso arbitral, ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto...”. Amparo directo 350/2006, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXV, novena época, marzo de 2007, tesis: I.3o.C.566 C, p. 1730.

D. *Expertise*

Hay quien, en lo que puede caracterizarse de una reacción *redox*,²⁴ confunde al *expertise* con el arbitraje.

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

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

En esencia, sus diferencias en propiedades químicas son:²⁵

a) *Sujeto*: El árbitro es un juzgador, el experto simplemente un tercero conocedor de una disciplina particular.

b) *Objeto/Facultades*: El árbitro emite un laudo que vincula a las partes por tener fuerza de cosa juzgada, el experto emite una opinión que (en principio) no vincula a las partes.

c) *Producto/Resultado*: El árbitro resuelve un litigio que involucra una pretensión jurídica, el experto emite una opinión sobre un hecho.

Existe una práctica que invita a una (aparente) reacción de combinación:²⁶ con frecuencia las partes establecen cláusulas arbitrales 'escalonadas' y ello ha generado dudas sobre el papel y naturaleza del perito en dicho contexto.

Un 'Acuerdo arbitral escalonado'²⁷ es uno en el cual se contempla más de un mecanismo para resolver las controversias que puedan surgir

24 Mediante las 'reacciones *redox*', o de 'oxidación-reducción', se transfieren electrones. En este contexto, la metáfora con dicha reacción química busca transmitir la idea que se le da al experto un relieve que en verdad no tiene.

25 Jarrosson, *op. cit.*, nota 12, p. 123.

26 Una 'reacción de combinación' es aquella en la que dos elementos distintos dan lugar a un tercero distinto. Puede expresarse así: $A+B \rightarrow C$.

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

de su relación.²⁸ La forma en que se conjuga la pluralidad de métodos es variable, no estática. En ocasiones implica que una tiene que agotarse antes de acudir a otra. En otras no pueden seguirse en forma paralela o complementaria. La necesidad de agotar previamente uno antes de acudir a otro es una determinación contractual y casuista.²⁹ Depende de lo que las partes hayan pactado. No es automática y no admite generalizaciones. Atiende a la composición molecular contractual.

En fechas recientes, la práctica ha mostrado diversas situaciones ambiguas en las que, estando claro que existe un procedimiento de expertos, no queda claro si *in natura* se trata de arbitraje o no. Ello dado las facultades que se le dan a los ‘peritos’. En ocasiones ha sucedido que se le dan facultades que se asemejan más a un acto jurisdiccional que a la emisión de una opinión técnica.³⁰ Las diferencias en las facultades que las partes pactan, aunado a la variedad de matices dentro de las mismas, han mostrado ser asombrosas. Y las posturas de diferentes expertos se añade a la complejidad. Siguiendo el principio de que la naturaleza de una institución no la dicta el título que las partes le den, sino su contenido (su régimen), hay quien postula que en ocasiones dichos ‘peritos’ en verdad son ‘árbitros’, y el procedimiento no es un ‘*expertise*’ sino un ‘arbitraje’. Pero las posturas varían, y el motivo es claro: la ausencia de una definición clara de cada una que las distinga.

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

28 Jiménez Figueres, Dyalá, “Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration”, *ICC Internacional Court of Arbitration Bulletin*, vol. 14, núm. 1, primavera de 2003, p. 71.

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

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

5. La teoría Jarrosson: un modelo para discernir

La ‘teoría de binomios o ecuaciones de Jarrosson’ puede ayudar a diferenciar entre compuestos semejantes.³¹ En la misma, dicho pensador representa, desmenuza y contrasta los elementos que puede componer un compuesto arbitral, o confundirlo con otros, de la siguiente manera:

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

Según Jarrosson, la naturaleza del pacto de las partes dependerá de la conjugación *in casu* de estos elementos. Entendamos cada componente como si fueran químicos.³² Cada uno es un elemento distinto, y de su mezcla con otros tendremos compuestos distintos, con propiedades jurídicas diversas, mismas que a continuación explicaré.

Jarrosson advierte sobre la existencia de un ‘fenómeno de atracción del arbitraje’: cuando algo parece ‘arbitraje’, y no es descalificado como tal, tenderá a pensarse que es arbitraje.³³ Como política judicial, el fenómeno parece positivo. Después de todo, es más acorde con la voluntad de las partes darle plenos efectos jurídicos a una institución cuando parezca, aunque sea lacónicamente, que desearan acudir a un mecanismo alternativo, que restarle los mismos. Lo que es más, también es más acorde con el principio de eficacia (o interpretación eficaz).

31 Jarrosson, Charles, *La notion d'arbitrage*, París, Bibliotheque de Droit Privé, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987. Si bien la teoría es desarrollada a lo largo de su (extraordinaria) obra, el núcleo de la misma puede encontrarse en las páginas 124 a 132.

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

33 Jarrosson, *op. cit.*, nota 31, p. 126.

Tabla periódica de elementos arbitral

Sustancia Compuesto	Propiedades físicas	Propiedades químico-jurídicas
ABC =	Arbitraje en su estado puro.	Existirá la obligación de acudir al arbitraje, siguiendo un procedimiento adversarial, y concluyendo con un laudo que es obligatorio a las partes y tiene fuerza de cosa juzgada.
abc=	En este caso será un <i>experto</i> el que emitirá una <i>opinión</i> sobre una cuestión de <i>hecho</i> .	Es el opuesto total al arbitraje. No necesariamente existe una obligación de acudir a ello (a menos que las partes así lo plasmen), no tiene que seguirse un procedimiento adversarial, y concluye con una opinión <i>de hecho</i> sobre un tema técnico que puede o no ser jurídico.
ABc=	En este caso será un <i>árbitro</i> el que resuelve un problema <i>jurídico</i> emitiendo una <i>opinión</i> .	Dicha opinión carece de fuerza obligatoria y no es cosa juzgada (es raro pero sucede).

abC=	Un <i>experto</i> resuelve un problema <i>de hecho</i> mediante un <i>laudo</i> y siguiendo un <i>procedimiento arbitral</i> .	De nuevo, es algo raro. Tiene todos los elementos de arbitraje. El que sea una litis fáctica no cambia el efecto, aunque la diferencia más importante es en el cómo: el procedimiento no es adversarial. ³⁴
Abc=	Un tercero llamado <i>árbitro</i> por las partes es llamado a dar una <i>opinión</i> sobre una cuestión <i>de hecho</i> que no será ley entre las partes.	No se está en presencia de arbitraje. La forma en que las partes llamen al dicho tercero es irrelevante. ³⁵
aBc =	Un <i>experto</i> emite una <i>opinión</i> sobre una disputa relacionada con una pretensión <i>jurídica</i> .	No es arbitraje. No hay delegación de poderes de juzgador (facultades jurisdiccionales). No vincula a las partes.
AbC=	Un <i>árbitro</i> resuelve un problema <i>de hecho</i> mediante un <i>laudo</i> .	Esto es arbitraje. Podría denominarse ‘arbitraje fáctico’. El que verse sólo sobre <i>hechos</i> (y no derecho) no muta su naturaleza. El laudo es obligatorio y tiene fuerza de cosa juzgada.

Habiendo ‘separado los átomos’ del ‘compuesto arbitral’, vale la pena comentar sobre una institución que ha generado confusiones: el ‘arbitraje contractual’.

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

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

6. Arbitraje contractual

Existe una institución que ha complicado la separación del concepto ‘arbitraje’ de otras figuras afines: el arbitraje contractual.³⁶ Esta figura es interesante pues se parece al arbitraje (como fue anteriormente depurado) pero no lo es. Para comprenderla debe uno tener interés por la alquimia, pues no todas las jurisdicciones la contemplan. De hecho, un comentario preliminar de derecho comparado es útil. Las posturas de derechos nacionales sobre esta diferencia pueden catalogarse en cinco rubros:³⁷

1) Los países que no conocen más que el arbitraje jurisdiccional y rechazan categóricamente el arbitraje contractual (España).

2) Los países que ignoran el arbitraje jurisdiccional, pues su derecho nacional no lo prevé y jamás lo ha conocido. Únicamente conocen el arbitraje contractual (países de derecho musulmán).

3) Los países cuyo derecho admite claramente tanto el arbitraje *contractual* como el jurisdiccional (los Países Bajos e Italia).

4) Los países que reflejan la postura de aquellos descritos en el párrafo que antecede, pero sin encontrar una explicación o justificación de ello. Por ende, nada impide que su práctica y doctrina lo contemple, pero de una forma poco asertiva (pusilánime, en palabras de Kassis)³⁸ (Francia, Alemania, Suiza, Grecia, Inglaterra y EU).

5) La cuestión no ha sido planteada y no existe doctrina y jurisprudencia sobre ello (México).

Habiendo visto el panorama internacional, comentaré sobre las jurisdicciones que contemplan la figura.

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

Para discernir si dichas instituciones son ‘arbitraje’, es necesario acudir al régimen que el derecho correspondiente les otorga.³⁹ No puede

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

37 Kassis, Antoine, *Problèmes de Base de l'Arbitrage en Droit Comparé et en Droit International*, t. I: *Arbitrage Juridictionnel et Arbitrage Contractuel*, LGDJ, 1987, p. 62.

38 *Idem*.

39 Broches, Aron, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 38.

hacerse genéricamente, so pena de incurrir en generalizaciones no acertadas.

En Italia se distingue entre el *arbitrato rituale* y el *arbitrato irrituale* (o *libero*). Mientras que el primero es ‘arbitraje’ (según lo hemos definido), el segundo no lo es. Carece de un elemento jurisdiccional. El *arbitrato rituale* está en un plano jurisdiccional, mientras que el *irrituale* está en un plano contractual. En el primero las partes desearon que el o los árbitros realizaran una función jurisdiccional emitiendo un laudo.⁴⁰ En el segundo se les dio a las partes un mandato para definir la disputa con un pronunciamiento encuadrable a la voluntad de un mandato.⁴¹ El *arbitrato rituale* es un proceso que conduce a un juicio; el *irrituale* es una actividad transaccional privada.⁴² Como dice un autor: “El *arbitrato irrituale* es aquella modalidad de resolución de una controversia mediante la cual las partes le han dado al árbitro (o a los árbitros) la tarea de definir en vía contractual las controversias que surjan (o puedan surgir) mediante una solución comparable a la voluntad de las partes, y de darle el mismo valor contractual que si hubieran sido concluidas por éstas”.⁴³

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

40 Sirotti Gaudenzi, Andrea, “Guida al Diritto dell’Arbitrato, L’arbitrato nel codice di rito e nelle leggi speciali”, *Il Sole*, 24, ORE SpA, 2006; Cendon, Paolo, *Transazione Arbitrato, e Risoluzione alternativa delle controversie*, UTET, Wolters Kluwer Italia Giuridica SrL, 2006; Tilla, Maurizio de y Ferrelli, Nino, “Nuovo Arbitrato, Conciliazione, e Costituzione di Camere Arbitrali, I Libri di Guida al Diritto”, *Il Sole*, 24 ORE SpA, 2006.

41 Cass. Civ. Sez. un., 18 de septiembre de 1978, núm. 4167, *Omia Iuris*, Cedam, 2006.

42 Cass. civ., sez. I, 9 de junio de 1983, núm. 3956, *Mass. Giur. It.*, 1983; Trib. Catania, 16 de octubre de 2001, *Le Società*, 2002, 1, p. 63.

43 Marinelli, *La natura dell’arbitrato irrituale*, Turin, Utet, 2002, p. 8. “Arbitrato irrituale quella particolare modalità di definizione di una controversia, con la quale le parti hanno conferito all’arbitro (o agli arbitri) il compito di definire in via contrattuale le contestazioni insorte (o che possono insorgere) mediante una composizione riconducibile alla volontà delle parti e da valere come contratto concluso dale stesse”.

44 “Uno strumento a mezza strada fra il processo e il contratto”.

45 “Arbitrato irrituale dovrebbe essere collocato entro lo schema del mandato... mandato congiunto a transigere”. Sammartano, Rubino, *Il Diritto dell’arbitrato*, Padova, Cedam, 2004, p. 79.

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

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

Algunos procedimientos debatibles (por rayar en lo fino o compartir propiedades físicas) son, por ejemplo, la adaptación de contratos (*adaptation of contracts* o *supplementation*) que busca llenar vacíos intencionalmente dejados en los contratos por las partes. Otros casos discutibles son los procedimientos de expertos (*expertise*)⁴⁷ o de determinación de hechos (*Fact Finding*).⁴⁸ El motivo por el cual estos procedimientos generan duda —inclusive entre expertos— es que parecen ser un punto medio entre un procedimiento meramente contractual (puesto que involucran determinaciones fácticas —aunque sean técnicas— y no jurídicas) y un mecanismo de solución de controversias.

Como conclusión, si bien el que dichos procedimientos puedan calificar como ‘arbitraje’ o no, es dependiente del derecho del Estado en particular⁴⁹ y del diseño que las partes hayan pactado; por lo general, las instituciones aludidas tienden a no ser ‘arbitraje’, pues carecen de los elementos del mismo. Más bien tienen un sabor meramente contractual, pues no implican la resolución de una controversia mediante un documento final y obligatorio.

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

46 Kassis, *op. cit.*, nota 37, p. 239.

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

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

49 Broches, Aron, *op. cit.*, nota 39, p. 38.

(jurisdiccional) cuando dichos instrumentos contemplan pluralidad de método?

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

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

Es natural que lo anterior despierte dudas en la mente del lector. Después de todo, se trata de la criptonita del arbitraje: sólo se encuentra en jurisdicciones lejanas.

III. COMENTARIO FINAL. TEORÍA ATÓMICA DEL ARBITRAJE

La definición de ‘arbitraje’ debe dejar de ser dependiente de la alquimia jurídica. Para ello, son tres los grupos que deben tener cuidado al experimentar con los reactivos jurídicos correspondientes:

1) Las partes: quienes deben ser cuidadosas al redactar sus contratos y elaborar esquemas de solución de controversias donde se mezclen soluciones (instituciones) distintas.

2) Los árbitros: deben (a) tener claro lo que compone al compuesto arbitral, y (b) el ‘fenómeno de atracción’ del arbitraje.

3) La judicatura: debe (a) tener claros los componentes de la solución arbitral, (b) deferir a las determinaciones que sobre dichos precipitados realicen los tribunales arbitrales, y (c) respetar la regla de oro en su

actuar que cataliza la eficiencia del mecanismo: el principio de no intervención.⁵⁰

Cuando se mezclen los elementos siguientes, el resultado será una ‘combustión’, una reacción exotérmica que arroje un compuesto arbitral, sin importar la nomenclatura bajo la cual se ostente:

1) Quién: que el tercero que resuelva una controversia actúe como juez, no sólo experto.

2) Qué: el litigio tienda a versar sobre una cuestión jurídica y no únicamente fáctica.

3) Para qué: la resolución sea final y vinculatoria, entendiendo por ‘final’ que no exista una apelación sobre el fondo (hechos y derecho), y por ‘vinculatoria’ obligatoria.

4) Cómo: el método sea adversarial y no mediante una negociación, mediación o concesión (transacción) de posturas para arribar a un resultado mutuamente aceptable.

Quienes así entiendan y manejen estos elementos, se convertirán en el rey Midas del arbitraje.

50 Artículo 1421 del Código de Comercio.