

Definiendo “arbitraje”: reflexión sobre un criterio reciente

Francisco González de Cossío

RDP

Recientemente se emitió un criterio en materia de arbitraje que evoca no sólo cuestiones pragmáticas importantes, sino filosóficas. A continuación las comento brevemente e invito una discusión y retroalimentación de ellas.* El criterio es:¹

ARBITRAJE. NO PUEDE CONSIDERARSE COMO TAL EL PACTO CONSISTENTE EN QUE UN ORGANISMO CORPORATIVO DE LA PERSONA MORAL ENTRE CUYOS MIEMBROS EXISTE UN DIFERENDO CON RESPECTO A SU ADMINISTRACIÓN, DEBA RESOLVER EL CONFLICTO CORRESPONDIENTE. Si bien es cierto que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su cuarto párrafo, reconoce como formas de resolver un diferendo, a los mecanismos alternativos de solución de controversias, que se hacen consistir en diversos procedimientos, mediante los cuales las personas pueden resolver sus diferencias sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (auto composición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición), también lo es que la cláusula por la cual se pretende constreñir a los gobernados, a someter sus conflictos respecto a la administración de una persona moral de la cual son miembros, a un organismo corporativo que pertenece a esta misma, no puede considerarse una cláusula compromisoria de arbitraje, pues contraría uno de los principios básicos en que

* Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

¹ Tesis: III.2o.C.5 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, octubre de 2013, p. 1737.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

se sustenta tal medio alternativo de solución de controversias, consistente en que el diferendo sea resuelto por un tercero imparcial; lo anterior tiene una importancia capital, pues no puede pasar desapercibido que como parte de los derechos humanos, que prevén los artículos 17 constitucional, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra el que los gobernados puedan acceder a soluciones justas a sus diferencias, lo que representa la obtención de una resolución imparcial por tribunales ajenos a los intereses de las partes, resolviendo la contienda sin inclinaciones o preferencias, lo cual debe aplicarse, por mayoría de razón, a cualquier persona que juzgue la conducta de otra, con el fin de obtener una resolución justa; de ahí que el arbitraje deba ser decidido siempre por una tercera persona, por lo tanto, en aplicación del principio general de derecho que reza *nemo iudex in causa sua* (nadie puede ser Juez en su propia causa), que parte del principio de que el ser humano tiende a la autojustificación, como medio de redimirse de sus errores (lo que implica que esa situación de conciencia, por sí misma, sea incompatible con el hecho de que los seres humanos viven en sociedad), no podrían resolverse las diferencias entre las personas, con base sólo en la justificación que realizaran de sí mismas y, por lo tanto, el pacto de voluntades en estudio, no tiene el efecto de otorgar a una entidad corporativa que integra a una de las partes en el conflicto, la facultad para resolver el correspondiente diferendo.

El sentido del criterio transcrito hace suposiciones importantes y tiene implicaciones trascendentes. A continuación comento dos: la cuestión de definición (§a) y el papel que se le confiere a la imparcialidad (§b).

1. Concepto de “arbitraje”

El sentido del criterio exige tomar en cuenta la definición del concepto jurídico de “arbitraje”. ¿Qué es “arbitraje”? ¿Cuáles son los elementos de dicha institución jurídica? Es relevante notar que este concepto no cuenta con una definición universalmente aceptada. La

DEFINIENDO “ARBITRAJE”: REFLEXIÓN SOBRE UN CRITERIO RECIENTE

mexicana es circular² y las existentes han sido objeto de matices, a veces casuismo.³

Aunque existe cierto acuerdo sobre el núcleo duro del concepto, sus contornos son borrosos, a veces fluidos. Uno de los elementos que conforman un núcleo duro es el que el emisor del fallo sea un “tercero”, entendiendo por ello “alguien distinto a las partes en disputa”. Es sobre este elemento que el criterio hace una aportación interesante.

El criterio concluye que el que sea un órgano de una persona moral el que resuelva la disputa no significa que se esté en presencia de arbitraje. En sus palabras “...la cláusula por la cual se pretende constreñir a los gobernados, a someter sus conflictos respecto a la administración de una persona moral de la cual son miembros, a un organismo corporativo que pertenece a esta misma, no puede considerarse una cláusula compromisoria de arbitraje...”.

La conclusión descansa en un motivo principal: aceptarlo sería contrario a “uno de los principios básicos en que se sustenta tal medio alternativo de solución de controversias, consistente en que el diferendo sea resuelto por un tercero imparcial...”.

La aseveración cita como premisas:

- a) El derecho fundamental a que una controversia sea resuelta por un “tercero imparcial”;
- b) La “imparcialidad” es la cualidad del emisor a ser “ajeno a los intereses de las partes”; a carecer de “inclinaciones o preferencias”; y
- c) El principio *nemo iudex in causa sua* (nadie puede ser juez en su propia causa).⁴

A primera impresión, el criterio parece atinado;⁵ sin embargo, evoca interrogantes que merecen ser escudriñadas antes de elevarlo a regla universal.

² Artículo 1416.II del Código de Comercio.

³ Es decir, son válidas únicamente en ciertas circunstancias.

⁴ Al respecto, el criterio hace una interesante apreciación en *obiter*: la exigencia que nadie sea juez en su propia causa se explica por la debilidad humana de autojustificar errores.

⁵ La apreciación deriva de la forma en que se ha planteado y redactado la tesis. No se

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

¿Nunca puede un órgano social actuar como árbitro? La pregunta tiene dos niveles de profundidad. ¿Es jurídicamente imposible diseñar un esquema societario (una persona moral) que cuente con un órgano de solución de controversias? ¿Qué sucede si las partes así lo consienten?

Sin duda, habrá quien conteste a la primera pregunta: “no, pues al ser parte de la persona moral, es mejor entendido como un órgano de voluntad social”. “Y lo que es más importante, no es imparcial”, lo cual sería consecuente con la ruta analítica seguida por el criterio.

No obstante, me pregunto si la conclusión merece generalización. Bien puede ser que la decisión haya sido *in casu* correcta, pero *quid iuris* si el esquema contractual está diseñado para satisfacer exigencias de imparcialidad. (Por ejemplo, que los miembros del órgano sean independientes de las partes). Despejada dicha variable, ¿aún así debe prohibirse que se diseñen esquemas de solución de controversias? ¿No supone ello una *capitis diminutio* de las partes? Lo cual nos lleva a la segunda interrogante, ¿qué pasa si las partes consintieron? Si, a sabiendas de quienes eran los miembros que encarnaban el órgano social, fue su deseo que fueran éstos quienes decidieran como árbitros. No como órganos de voluntad societaria.

Considerado lo anterior, la premisa *nemo iudex in causa sua* parece atinada pero insuficiente. Dicho en términos lógicos, suficiente mas no necesaria. Si las personas que encarnan el órgano social son las mismas partes, ello parece motivo suficiente para concluir que no se está en presencia de “arbitraje”. El “fallo” no será más que una “decisión” para efectos societarios que carece de una de las características constitutivas del arbitraje: finalidad. No se tratará de una decisión que causa estado, es *res iudicata*, sino producto de deliberación y decisión colectiva societaria —algo fundamentalmente distinto—.

Mas si las personas que encarnan el órgano social no son las partes en disputa, concluir —como regla— que un órgano social investido de la misión de dirimir disputas no puede ser considerado “arbitraje” parece sobreprohibitivo. Lo que es más, parece desconocerle mayoría

tuvo acceso a la ejecutoria (al no ser pública) y el autor no participó en el asunto que dio lugar a la misma.

DEFINIENDO “ARBITRAJE”: REFLEXIÓN SOBRE UN CRITERIO RECIENTE

de edad a las partes para, en ejercicio de su libertad contractual, confeccionar esquemas que sirvan las (muchas y variadas) circunstancias que pueden ostentar sus disputas (su materia) y que pueden requerir diversas formas de encausar y resolver problemas.

2. Imparcialidad como parte del DNA de “arbitraje”

El criterio toma como elemento de “arbitraje” que el órgano sea imparcial. Y en forma interesante, cita los derechos fundamentales como fundamento de la premisa conforme a nuestra Constitución —como instrumentos humanitarios internacionales—. No cita el artículo 1428 del Código de Comercio.

La idea que la “imparcialidad” es un elemento constitutivo del concepto jurídico “arbitraje” no es nueva y no es claramente desatinada. Pero para aceptarla veamos sus implicaciones.

Aunque es aceptado que la imparcialidad es un requisito que debe cumplir el árbitro, convertirlo en un elemento constitutivo del concepto “arbitraje” puede tener como consecuencia tornar una discusión de existencia en una de esencia. Y ello puede tener ramificaciones prácticas, por ejemplo, al momento de analizar la validez del laudo. Luego entonces, aunque loable en lo deontológico, suscita dudas en lo ontológico.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VI, núm. 11, enero-junio 2016