

**EL ARBITRAJE Y JUDICATURA:  
UN BINOMIO NECESARIO EN LA ECUACIÓN DE  
PROCURACIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA\***

*Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN .....	3
II.	DIAGNÓSTICO: UNA IMPORTANTE INTERROGANTE CON DOS RESPUESTAS POSIBLES —Y OPUESTAS .....	3
III.	LA RELACIÓN JUDICATURA-ARBITRAJE: ¿CONTROL O ASISTENCIA?.....	4
A.	LA INCÓGNITA .....	4
1.	La estructura del régimen arbitral internacional.....	5
a)	La Convención de Nueva York.....	5
b)	El derecho arbitral nacional.....	6
2.	Historia legislativa .....	6
3.	Naturaleza del instrumento .....	7
B.	CONCLUSIÓN: ASISTENCIA COMO REGLA, CONTROL COMO EXCEPCIÓN.....	7
IV.	REGLA GENERAL: NO INTERVENCIÓN.....	8
V.	INSTANCIAS DE INTERVENCIÓN.....	9
A.	EJECUCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL.....	9
B.	NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN .....	12
1.	El Abuso de la Institución .....	12
2.	Inter-relación entre el juicio de nulidad y el de reconocimiento: ¿examen <i>de novo</i> o <i>res iudicata</i> ? .....	13
3.	Las Causales .....	15
a)	Son taxativas .....	15
b)	Interpretación estricta .....	16
c)	Operan a petición de parte .....	16
d)	Discrecionalidad .....	16
4.	Causales problemáticas.....	17
a)	Orden público.....	17
i)	Lo que es 'orden público' .....	18
ii)	Lo que <b>no</b> es 'orden público' .....	19
b)	Arbitrabilidad.....	22
i)	<i>Leitmotiv</i> de la arbitrabilidad: interés público y confianza en el arbitraje.....	22
ii)	Derechos de Terceros: una noción amorfa .....	23
c)	Falta de debido proceso.....	25
VI.	CASOS DRAMÁTICOS.....	27
A.	ÓRDENES ANTI-ARBITRAJE .....	27
B.	OBSTACULIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS .....	28
1.	El caso CCI No. 7934.....	28

---

\* Ponencia ante X Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Campeche 2007.

2.	El caso CCI No. 10623.....	29
3.	Himpurna v. Indonesia.....	30
4.	Otros procedimientos.....	30
C.	LECCIONES.....	31
VII.	COMENTARIO FINAL.....	31
VIII.	PREGUNTAS PARA EL CONGRESO.....	32

## **I. INTRODUCCIÓN**

Este ensayo tiene por objeto analizar una relación jurídica compleja cuyo correcto funcionamiento es indispensable para procurar Seguridad Jurídica en las relaciones mercantiles e internacionales: la relación entre el arbitraje y la judicatura.

Esta relación ha sido objeto de mucho comentario. Lo que es más, recientemente han ocurrido episodios dramáticos en la práctica mexicana que ponen en manifiesto la importancia de entender su naturaleza.

En este estudio se analizará la misma con miras a comprender su objetivos, palpar su alcance y deslindar sus límites. Para ello, comenzaré con un diagnóstico del problema (§II), para luego comentar sobre la relación (§III), identificando el principio que la rige (§IV) y las instancias más importantes en las que se contempla intervención judicial (§V), algunos casos dramáticos que la han puesto en tela de juicio (§VI) para concluir con un comentario final (§VII).

## **II. DIAGNÓSTICO: UNA IMPORTANTE INTERROGANTE CON DOS RESPUESTAS POSIBLES —Y OPUESTAS**

¿Existe un vínculo entre el árbitro y una judicatura? De ser positiva la respuesta, ¿cuál es la naturaleza del mismo?

La pregunta no es académica. Tiene una importancia práctica enorme. De la respuesta de la misma dependerá el establecimiento de un marco conceptual contra el cual puedan analizarse y valorarse las instancias en las que jueces han intervenido en procedimientos arbitrales. Lo anterior exige una respuesta —y rápida, pues las instancias en las que se detectan intervenciones judiciales en procedimientos arbitrales son de creciente frecuencia y gravedad.

Parecen existir dos respuestas y, en forma interesante, arrojan resultados diametralmente distintos. Por un lado, podría concebirse al juez nacional como un guardián del procedimiento arbitral. Por otro, podría entenderse su papel como el de un

colaborador. De la respuesta que se adopte dependerá el nivel de intervención que pueda justificadamente presentarse en un procedimiento arbitral.

### III. LA RELACIÓN JUDICATURA-ARBITRAJE: ¿CONTROL O ASISTENCIA?

#### A. LA INCÓGNITA

Para responder la incógnita planteada en este ensayo empezamos por sondear por qué se acude al arbitraje. ¿Qué implica celebrar un acuerdo arbitral?

Las partes, al acudir al arbitraje, implícitamente desearon no hacer uso de la maquinaria judicial estatal. Los motivos pueden ser diversos, pero cualesquiera que sean, la elección debe ser respetada. Y eso es lo que busca el derecho arbitral: procura un marco que da efectos a dicho pacto — y en forma eficiente. Es en dicha coyuntura en que se presenta la asistencia judicial al arbitraje.

El arbitraje no puede funcionar en un vacío. En algún momento, ya sea durante el procedimiento o al momento de la ejecución del laudo, será necesario obtener la asistencia de alguna judicatura para lograr ejecutar las resoluciones del árbitro. El motivo es claro: el árbitro carece de imperio. Por ende, no tiene la herramienta indispensable para hacer cumplir coercitivamente la decisión que ha emitido. Por ello, en ausencia de colaboración con la judicatura, la eficacia del arbitraje se vería mermada.

Entendida la coyuntura en la que se vislumbra la participación de la judicatura estatal en el arbitraje, queda en manifiesto la importancia de la interrogante: en el diseño de la infraestructura jurídica arbitral el pilar judicial juega un papel importante. ¿Pero cuál es su naturaleza? ¿Se trata de una relación de subordinación?, ¿de control?, ¿de cooperación?

Hasta este punto del análisis podría válidamente contestarse cualquiera de las dos opciones genéricas planteadas: tanto control como asistencia. Pero la verdadera naturaleza quedará en manifiesto solo después de sondear (1) el diseño del régimen arbitral internacional, (2) la historia legislativa y (3) la naturaleza del instrumento.

## 1. La estructura del régimen arbitral internacional

El marco jurídico del arbitraje está conformado por dos grandes pilares que juegan un papel distinto, pero complementario: (a) la Convención de Nueva York; y (b) la *lex arbitrii*.

### a) La Convención de Nueva York

Los redactores de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”) buscaron crear un documento que diera efectividad internacional al arbitraje. Para ello sondearon opciones diversas, una de las cuales fue apoyar el arbitraje ‘deslocalizado’.<sup>1</sup> Dicha opción fue descartada<sup>2</sup> a favor del arbitraje localizado: aquél regido por algún derecho y apoyado por alguna judicatura.

Para que la judicatura en cuestión cumpliera el cometido de fomentar el arbitraje se establecieron dos obligaciones: la de ejecutar *acuerdos* arbitrales<sup>3</sup> y la de ejecutar *laudos* arbitrales.<sup>4</sup> Dichas limitadas obligaciones obedecen al deseo de darle un papel reducido a las jurisdicciones estatales.<sup>5</sup> Es ante dicho esqueleto que se requiere otro

---

<sup>1</sup> El arbitraje ‘deslocalizado’ es aquél que se desenvuelve fuera de un derecho arbitral nacional. La doctrina internacional lo ha bautizado de formas distintas: ‘desnacionalizado’, ‘anacional’, ‘sin derecho’, ‘flotante’. El motivo por el que se ha creado dicha entelequia es para fomentar un ideal que, salvo algunas excepciones, no se ha logrado: el lugar físico en donde tenga lugar un arbitraje debería de ser irrelevante para efectos de su efectividad. Ello pues se trata de un mecanismo auténticamente internacional. Algunas excepciones que han logrado dicho ideal son el arbitraje de inversión (de conformidad con el Convenio de Washington de 1965), el arbitraje deportivo (de conformidad con el Código de Arbitraje del Deporte (*Code of Sports-Related Arbitration*) del Tribunal Arbitral du Sport de Lausanne, Suiza), el arbitraje en línea (de conformidad con el *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)), el arbitraje OMC (de conformidad con el Entendimiento de Solución de Diferencias adoptado en Marrakech en 1994), el tribunal de Reclamaciones Irán-EU (de conformidad con la Declaración de Algeria), la Comisión de Compensaciones de las Naciones Unidas (*United Nations Compensation Commission*) y el Tribunal de Resolución de Reclamaciones sobre las cuentas Durmientes en Suiza (*Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland*) para resolver sobre la titularidad de las cuentas bancarias en Suiza de víctimas del Holocausto.

<sup>2</sup> Van den Berg, Albert Jan, *The new york arbitration convention of 1958*, Deventer/Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, pg. 7.

<sup>3</sup> Artículo II de la Convención de Nueva York.

<sup>4</sup> Artículo III de la Convención de Nueva York.

<sup>5</sup> Van den Berg, op. cit. 3, pgs. 325 et seq.

cuerpo normativo que regule el resto de las cuestiones inherentes a un procedimiento arbitral. Este es el papel de la *lex arbitrii*.

b) *El derecho arbitral nacional*

El segundo pilar del edificio legal arbitral internacional es el derecho arbitral nacional. En dicho esquema, la *lex arbitrii* juega un papel tanto subsidiario como complementario. Es subsidiario en cuanto a que aplica en ausencia de pacto en contrario por las partes. Es complementario en que cubre los aspectos no abordados por las partes en su pacto arbitral.

La forma de elegir un derecho arbitral nacional específico es mediante la designación de la sede del arbitraje.<sup>6</sup> La ‘sede’ es el punto de conexidad que determina el campo de aplicación del derecho arbitral y delimita la jurisdicción de los tribunales estatales.

El derecho arbitral es un cuerpo interesante. Tiene disposiciones de derecho sustantivo y de derecho adjetivo. El mismo está diseñado para habilitar la consecución de procedimientos arbitrales mediante la regulación de los aspectos (tanto adjetivos como sustantivos) indispensables para que el procedimiento arbitral que se ciña a él pueda ser eficientemente seguido. Hace las veces de ‘cimientos sobre los cuales se erigirá un ‘edificio arbitral’. En esencia, es un derecho de apoyo —no control.

## 2. Historia legislativa

La historia legislativa tanto de la Convención de Nueva York<sup>7</sup> como la Ley Modelo de la UNCITRAL<sup>8</sup> reflejan la intención de sus redactores de diseñar un esquema en el cual el papel de las judicaturas estatales fuera reducido y estuviera orientado a habilitar la posibilidad de procedimientos arbitrales, y en forma eficaz. Fue la necesidad de que el arbitraje fuera eficaz, aunado a la naturaleza privada del mismo, lo que motivo darle un papel a la judicatura, orientado a colaborar y ejercer un control reducido.

<sup>6</sup> Lo que el artículo 1415 del Código de Comercio alude como el ‘lugar del arbitraje’.

<sup>7</sup> UN DOC E/CONF.26/SR. 1-25.

<sup>8</sup> A/CN.9/SR.305-333 y A/40/17.

### 3. Naturaleza del instrumento

El arbitraje es un procedimiento privado de naturaleza contractual. Al acudir al mismo se deseó evitar acudir a tribunales. Las únicas excepciones a dicha regla son las (contadas) ocasiones en que el derecho arbitral lo permite.

B. CONCLUSIÓN: ASISTENCIA COMO REGLA, CONTROL COMO EXCEPCIÓN

Como regla, el juez asiste. Como excepción, controla.

Las instancias en las que **asiste** son la remisión al arbitraje, la constitución del tribunal arbitral (que incluye la sustitución de árbitro), la emisión de medidas precautorias a favor del arbitraje y reconocimiento y ejecución del laudo.

Los casos en los que ejerce cierto **control** son la recusación, costos (que abarca la determinación de costos y el depósito para gastos) y la nulidad del laudo.

La concepción de las facultades de la judicatura de esta manera aporta mucho al entendimiento de la naturaleza, alcance y límites de las facultades de un juez nacional con respecto a un procedimiento arbitral.

En los casos de asistencia, la interpretación y aplicación de las (taxativas) facultades que se le han dado deben estar salpicadas de una orientación funcional pro-arbitraje. En los casos de control, dado su carácter excepcional, deben interpretarse bajo la noción que se trata de normas de excepción.

Las observaciones anteriores aportan mucho para entender la teleología de la relación entre el árbitro y la judicatura. Se vislumbra como una forma de hacer eficaz al arbitraje completando su función con el *imperium* del juez nacional. Nótese que no busca establecer un *ad quem* o supervisor del árbitro; sino un colaborador.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Tan es así que la doctrina francesa —una de las más ricas del mundo en esta materia— alude al papel del juez como un ‘juez de apoyo’ (*juge d’appui*).

Dicha *ratio legis*, aunada al principio de definitividad del arbitraje, milita a favor de dar un alto nivel de deferencia al actuar de los tribunales arbitrales. Es decir, el ejercicio de sus facultades debe ser medurado, conservador.

#### IV. REGLA GENERAL: NO INTERVENCIÓN

El artículo 1421 del Código de Comercio establece:

Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial.

Dicha norma establece el principio general que rige la relación juez-árbitro. Salvo los casos excepcionales y taxativamente enunciados, los tribunales nacionales no pueden intervenir en los procedimientos arbitrales. Estas excepciones son: (1) ejecución del acuerdo arbitral y remisión al arbitraje;<sup>10</sup> (2) constitución del tribunal arbitral;<sup>11</sup> (3) medidas precautorias;<sup>12</sup> (4) revisión de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia;<sup>13</sup> (5) desahogo de pruebas,<sup>14</sup> (6) costas;<sup>15</sup> y (7) nulidad<sup>16</sup> y reconocimiento/ejecución del laudo arbitral.<sup>17</sup>

El efecto que dicho principio debe tener es importante. Hace aplicable a la interpretación y aplicación de dichas facultades el principio *exceptio est strictissimae applicationis*. Es decir, no solo no puede tomarse paso distinto al expresamente contemplado, sino que la interpretación del mismo debe ser estrecha.

El derecho arbitral es un cuerpo normativo sofisticado, diseñado para ser autocontenido. Dentro del mismo están los elementos para resolver cualquier

---

<sup>10</sup> Artículo 1424 del Código de Comercio.

<sup>11</sup> Artículo 1429 a 1431 del Código de Comercio. Ello incluye tanto la designación del árbitro de parte, la recusación y la substitución en caso de falta.

<sup>12</sup> Artículo 1425 del Código de Comercio.

<sup>13</sup> Artículo 1438 del Código de Comercio.

<sup>14</sup> Artículo 1444 del Código de Comercio.

<sup>15</sup> Artículos 1452 a 1456 del Código de Comercio.

<sup>16</sup> Artículos 1457 a 1460 del Código de Comercio.

<sup>17</sup> Artículo 1457 y 1462 del Código de Comercio.

eventualidad que pueda surgir con respecto a un procedimiento arbitral con sede en México. Sólo en ciertos casos, y sujeto a estrictos requisitos, se ha considerado conveniente contemplar asistencia de un juez. La voluntad legislativa y particular (al optar por un procedimiento arbitral) debe ser respetada.

## V. INSTANCIAS DE INTERVENCIÓN

De las instancias en las que puede intervenir válidamente la judicatura me enfocaré en las dos más importantes y en las que más experiencia se tiene:<sup>18</sup> (a) la ejecución del acuerdo arbitral, y (b) la nulidad y ejecución del laudo arbitral.

### A. EJECUCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

Una forma en la que la judicatura asiste al arbitraje es reconociendo y ejecutando el acuerdo arbitral.<sup>19</sup> La forma en que ello ha sido contemplado es estableciendo un deber a los tribunales que tengan conocimiento de una controversia amparada por un acuerdo arbitral de remitir a las partes al arbitraje.

La forma en que el ejercicio de la facultad por el juez debe operar ha sido objeto de diferencias de opinión. El motivo obedece a que parece existir una contradicción entre la excepción a la facultad de remisión al arbitraje (que corresponde al juez),<sup>20</sup> y la facultad de decidir sobre la validez del acuerdo arbitral (que corresponde al árbitro).<sup>21</sup>

La (aparente) contradicción textual ha encontrado diferencias de opinión en la judicatura. Por un lado, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer

---

<sup>18</sup> Para un comentario con el mismo perfil sobre las demás facultades de la judicatura en el arbitraje, consúltese González de Cossío, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura: quis custodiet custodes?*, estudio presentado dentro del contexto de la ronda de conferencias organizadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 27 de junio de 2006.

<sup>19</sup> Artículo II(1) de la Convención de Nueva York. Artículo 1424 del Código de Comercio.

<sup>20</sup> El artículo 1424 establece en su parte relevante “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...”.

<sup>21</sup> Como se establece en el primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio, que dice “El **tribunal arbitral estará facultado para decidir** sobre su propia competencia, incluso **sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.** (...)”

Circuito adoptó la postura que la facultad de determinar la “nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución” de un acuerdo arbitral le corresponde al árbitro,<sup>22</sup> mientras que el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió que le corresponde al Juez.<sup>23</sup> Dicha contradicción fue denunciada. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (la “Corte”) resolvió que dicha facultad le corresponde al juez.<sup>24</sup>

Considero que la postura adoptada por la Corte es incorrecta. La determinación de validez del acuerdo arbitral le corresponde al tribunal arbitral; no al juez. La postura adoptada adolece de los siguientes vicios:

1. Viola uno de los principios de derecho arbitral más añejos e importantes: el principio *compétence-compétence*;
2. Es violatoria del espíritu y mecánica del artículo 1424 del Código de Comercio y II(3) de la Convención de Nueva York;
3. Amputa los efectos de la frase “*El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje*” contemplada en el tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio. Ello viola el principio de interpretación *ut magis valeat quam pereat* (un texto debe ser interpretado de tal forma que se le de efecto).
4. Inventa (improvisa) aun otra instancia de revisión por el juez de la jurisdicción del árbitro. (Además de poderla revisar al final<sup>25</sup> y durante,<sup>26</sup> también lo podrá hacer al inicio.)
5. Es contraria al artículo 1421 del Código de Comercio; y

---

<sup>22</sup> Amparo en revisión 3836/2004.

<sup>23</sup> Amparo en revisión 31/2005.

<sup>24</sup> Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006.

<sup>25</sup> En el contexto de la nulidad (artículo 1457(I)(a) del Código de Comercio) y reconocimiento y ejecución (artículo 1462(I)(a) del Código de Comercio).

<sup>26</sup> Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

6. Merma el deseo de las partes de contar con un procedimiento arbitral no-judicializado.

Es cierto que existen elementos para llegar a la decisión de la Corte. Sin embargo, la mejor interpretación es la del Sexto Tribunal Colegiado. Los artículos 1424 y 1432 constituyen el guión de una escena en donde interactúan dos actores: el juez y el árbitro. Cada uno tiene su papel cuidadosamente definido: el *juez* debe *remitir* y el *árbitro* debe *decidir*. La decisión *preliminar* está sujeta a la rescisión *final* por el juez competente. No podía ser al revés: lo cual malentendió la (mayoría de la) Primera Sala de la Corte.

El dueto se explica por dos motivos. En primer lugar, para que la obligación de arbitrar sea cumplida, tiene que existir un mecanismo para canalizar una demanda judicial al foro arbitral. De lo contrario, dicha obligación carecería de eficacia. En segundo, de no ser facultad del árbitro decidir sobre su competencia, se llegaría a un resultado absurdo: de desear resolver controversias fuera de tribunales, tendría que acudirse a tribunales (!).

La intención del legislador es clara: evitar frustrar el deseo de las partes —que celebraron un acuerdo arbitral— que *todas* sus controversias fueran resueltas por arbitraje. Si una de las diferencias reside en la validez del acuerdo arbitral, dicho accesorio debe seguir la suerte del principal: le compete al tribunal arbitral pronunciarse sobre ello.

Ante lo anterior, queda en manifiesto porqué el árbitro tiene que ser el actor principal, y es a él a quien le corresponde decidir sobre su competencia. El juez hace las veces del actor secundario; le corresponderá revisar dicha determinación, ya sea al momento de emisión de un laudo parcial,<sup>27</sup> al momento en que se busque la nulidad<sup>28</sup> o el reconocimiento y ejecución del laudo.<sup>29</sup> Y no podría ser al revés. Sería ilógico que fuera el árbitro quien revisara la decisión sobre su competencia a la que llegó el juez nacional competente.

---

<sup>27</sup> Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

<sup>28</sup> Artículo 1457(I)(a) del Código de Comercio.

<sup>29</sup> Artículo 1462(I)(a) del Código de Comercio.

Podría preguntarse, ¿porqué entonces se le faculta al juez para realizar la determinación de la nulidad, ineficacia y/o inaplicabilidad del acuerdo arbitral? Después de todo, así lo establece expresamente el artículo 1424. La respuesta está en el diseño y objetivos de la norma: se trata de una válvula de escape excepcional que se creó con la finalidad de evitar el absurdo de realizar una remisión al arbitraje cuando es manifiestamente palpable que el acuerdo arbitral no lo justifica. La causal debe ser *manifiesta. Evidente*. No debe quedar duda alguna. Y cualquier duda debe resolverse a favor de la remisión; de lo contrario se violentaría el principio *compétence-compétence*.

La aseveración anterior sobre el auténtico contenido de la norma encuentra sustento tanto en la historia legislativa, la doctrina, como en la interpretación más aceptada de la misma.<sup>30</sup>

Es de esperarse que el tropiezo judicial sea remediado.

#### B. NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Posiblemente la instancia en la cual la participación de la judicatura es más decisiva en el arbitraje es al momento de hacer cumplir el laudo. Y como era de esperarse, el ejercicio de dicha facultad no ha estado ausente de problemas. A continuación trataré los siguientes que identifiqué: (1) el abuso de la institución; (2) la duplicidad derivada del juicio de nulidad y el de ejecución; (3) la forma en que se aplican las causales de nulidad y ejecución; y (4) las causales que han generado problemas.

##### 1. El Abuso de la Institución

El juicio de nulidad y el de reconocimiento y ejecución están diseñados como medidas extraordinarias, que no versan sobre el fondo de la decisión del tribunal arbitral, sino más bien sobre ciertos aspectos que, de ocurrir, pondrían en tela de juicio la legitimidad de la misma. El centro de atención no es sobre el fondo, sino la forma, de la decisión.

---

<sup>30</sup> De desear abundar sobre ello, vid. Zamora Etcharren, Rodrigo *Competencia para decidir sobre la nulidad del acuerdo de arbitraje cuando una parte demanda su nulidad ante la autoridad judicial*; y González de Cossío, Francisco, *Kompetenz-Kompetenz a la mexicana. Crónica de una Muerte Anunciada*, ambos en Pauta No. 50, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. CAMECIC, junio 2006.

Desafortunadamente, está ocurriendo que el juicio de nulidad se le está utilizando como un recurso ordinario en contra de cualquier laudo. Si bien existen excepciones, la parte perdedora de un procedimiento arbitral entabla, como curso normal, el recurso de nulidad. Ello es un error. El arbitraje es final y uni-instancial. Cuando existe una circunstancia de tal gravedad que puede comprometer la legitimidad del procedimiento, el recurso debe utilizarse. Pero no como el recurso normal y con fines de cuestionar el fondo o retrasar el cumplimiento del laudo. Ello viola el acuerdo de las partes al acudir al arbitraje. Así lo han decidido casos importantes.

Es cierto que este problema no encuentra como causa incumplimiento alguno de la judicatura. Más bien deriva de las partes y abogados postulantes. Sin embargo, hay tres pasos que la judicatura debe tomar para aminorar tanto el impacto como la repetición del fenómeno: (i) tramitar el juicio en forma sumaria; (ii) interpretar en forma estricta las causales de nulidad; y (iii) otorgar costas a la parte que resiste la solicitud de nulidad cuando sea palpable que en verdad no existe la causal. Es de esta manera que las jurisdicciones más desarrolladas desincentivan este abuso.

## **2. Inter-relación entre el juicio de nulidad y el de ejecución: ¿examen *de novo* o *res iudicata*?**

El título IV del Libro V del Código de Comercio contempla dos juicios en relación con el laudo: el juicio de nulidad y el de reconocimiento y ejecución del laudo. Ello es una buena medida considerando que es una ley diseñada para acoger arbitrajes internacionales. Sin embargo, cuando tanto la *sede* como el *lugar de ejecución* están en el mismo lugar (v.gr., México) el (desafortunado) efecto es que tienen que litigarse dos veces la validez del laudo. La primera ocasión es en el contexto del juicio de nulidad y la segunda al momento en que una de las partes se resista a la ejecución del laudo. Ello es desafortunado. Ha ocurrido que tienen que litigarse *literalmente* las mismas causales en dos ocasiones ante jueces *mexicanos* distintos. El efecto de ello es, en el mejor de los casos, retrasar la ejecución. En el peor, contradicción.

En respuesta a lo anterior se han realizado propuestas diversas que han primordialmente involucrado cambiar el texto actual. Propondré una que considero que es más fácil, rápida, eficiente y apropiada: generar jurisprudencia en el sentido que, una vez litigada una de las causales en el contexto de la nulidad del laudo, de esgrimirse la misma en el contexto de la solicitud de reconocimiento y ejecución, son procedentes las excepciones de *ne bis in idem* y *res iudicata*.

Los cuatro adjetivos son procedentes. La facilidad, rapidez y eficiencia es evidente. El cuarto (apropiado) merece un comentario adicional. Percibo que existe una tendencia a querer remediar todos los problemas prácticos de la ley mediante modificaciones a su texto. Considero que ello descuida una herramienta útil: la jurisprudencia, tanto *integradora* como *interpretadora*.

Lo he dicho antes<sup>31</sup> y seguiré insistiendo: la jurisprudencia es una buena forma de acoplar el derecho a las circunstancias. No siempre es necesario modificar el precepto legal para llegar al resultado deseado. Las modificaciones al texto legal, si bien no son *per se* negativas, se usan con más frecuencia de lo que una sana técnica jurídica toleraría. Cada modificación de un texto jurídico desecha el bagaje interpretativo y práctico del mismo que tanto la judicatura como los particulares han derivado. Por consiguiente, existe cierto ‘desperdicio’ cuando la misma se realiza en casos que no lo justifican (por haberse podido abordar mediante derecho que emane de la judicatura). El bisturí de la modificación legislativa debe utilizarse sólo para remover tumores: texto equivocado o tan estrecho que no puede interpretarse o integrarse judicialmente porque el radio de acción de la norma no permite una válida interpretación o integración. En ausencia de una patología tal, considero que la mediana del derecho proveniente de la judicatura es suficiente —¡y eficiente!

Existen razones secundarias que militan a favor de dicha solución. Las facultades de la judicatura de creación de derecho mediante jurisprudencia

---

<sup>31</sup> Ver *Medidas precautorias dictadas por tribunales mexicanos en apoyo al arbitraje*, en Diagnóstico y Propuestas sobre los Sistemas de Impartición de Justicia en México, México, D.F., 2004, 1567, 1576 (ponencia presentada en el Congreso Anual de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Oaxaca, Mayo de 2004).

interpretativa o integradora son una herramienta más dinámica que el proceso legislativo. Esta virtud de dicha fuente de derecho la torna más apta para derecho mercantil. Por el contrario, cuando el texto legal contiene alguna limitante, requisito, condición o disposición que la práctica ha rebasado o que debe ser eliminada, la jurisprudencia no constituye una manera eficiente de corregirlo por estar la jurisprudencia limitada a la legislación escrita.

En vista de lo anterior, sugeriría que el juez que conozca de la ejecución de un laudo pueda admitir la excepción de cosa juzgada o *ne bis in idem* hecha valer por una de las partes en el procedimiento de ejecución del laudo, mediante la presentación de la resolución que se derive del procedimiento de nulidad seguido de conformidad con el artículo 1458 del Código de Comercio, en la medida en que considere que los requisitos de la excepción de cosa juzgada y o *ne bis in idem* han sido satisfechos, a saber: mismo objeto, misma causa, mismas partes.

Dicha solución parece eficiente, sana y no requiere modificación del derecho existente.

### 3. Las Causales

Las causales de nulidad (que, salvo una, son las mismas que las de reconocimiento y ejecución) han generado problemas tanto en su interpretación como aplicación.

A continuación realizaré algunos comentarios generales sobre las mismas para luego tratar las que más problemas han generado.

Las causales de nulidad son taxativas, de interpretación estricta, operan sólo a petición de parte y son de aplicación discrecional.

#### a) *Son taxativas*

Ha sucedido que el juez acepta causales distintas a las incluidas en los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio. Ello viola tanto el texto expreso como diseño de dichos preceptos. El texto pues ambos artículos (1457 y 1462) utilizan la palabra “sólo”; y ello es el fundamento del carácter *números clausus* de la lista de causales.

b) *Interpretación estricta*

El laudo arbitral se presume válido y ejecutable. Está investido de una presunción de validez (*presumptio in favorem validitatis sententiae*). Por consiguiente, cualquier cuestionamiento del mismo deberá superar dicha presunción de validez. Así fue diseñado el régimen aplicable.

c) *Operan a petición de parte*

Ha sucedido que un juez *ex officio* analiza causales. La regla es inversa: el juez puede resolver sólo en base a las causales esgrimidas. La única excepción es el orden público y la arbitrabilidad. Y el derecho es claro al respecto. La parte relevante del artículo 1457 establece:<sup>32</sup>

“Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando ...

- I. La parte que intente la acción pruebe que: (...)
- II. El juez compruebe que ... la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público“

Como puede verse, existe una dicotomía de regímenes. Mientras que las causales de la fracción I son *ex parte*, las causales de la fracción II son *ex officio*.

Lo anterior, que puede inclusive parecer evidente al buen intérprete, ha sido pasado por alto en algunos casos: algunos jueces han aplicado de oficio causales que le correspondía exclusivamente a la contraparte esgrimir.

d) *Discrecionalidad*

Tanto el artículo 1457 como el artículo 1462 están pensados para dar al juez la facultad, mas no la obligación, de anular o no ejecutar el laudo cuando en presencia de una causal.<sup>33</sup> Ello necesariamente implica que el juez podría, aun habiendo encontrado una

---

<sup>32</sup> Lo mismo ocurre con el régimen de reconocimiento y ejecución del laudo (artículo 1462 del Código de Comercio).

<sup>33</sup> El fundamento de la aseveración es tanto textual como teleológico. El artículo 1457 dice “Los laudos arbitrales **sólo podrán** ser anulados por el juez competente cuando ...”; mientras que el 1462 dice “**Sólo se podrá** denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral ... cuando: ...”. En ambos casos el ‘podrá’ es potestativo y el ‘sólo’ es taxativo.

causal, decidir no anular.<sup>34</sup> Ello sería un uso maduro de la facultad. Después de todo, la nulidad o no ejecución es una medida excepcional que, en la medida de lo posible, debe evitarse.

#### 4. Causales problemáticas

Las causales que más problemas prácticos han generado son (a) el orden público, (b) arbitrabilidad, y (c) debido proceso. A continuación se comentarán.

##### a) Orden público

La ejecución de un laudo puede ser negada en caso de que el mismo sea contrario al orden público del lugar de ejecución. Así lo contemplan todas las legislaciones arbitrales.

El “orden público” es lo que los griegos llaman una ‘*Hendiadys*’: un conjunto de palabras que, unidas, significan algo distinto a su significado individual. No solo eso, es un concepto que ha probado ser difícil y problemático en diversas jurisdicciones. Como dijo un tribunal:

el orden público es un caballo difícil de domar; aun logrando montarlo, no sabe uno adonde lo va a conducir. Puede llevarlo a buen derecho. Nunca es argumentado mas que cuando los demás puntos fallan.

[Public policy – it is an unruly horse and when once you get astride it, you never know where it will carry you. It may lead you form the sound law. It is never argued at all but when other points fail.<sup>35</sup>]

En un caso reciente el Tribunal Federal Suizo enfatiza la dificultad del problema señalando:

El carácter fluido del orden público es inherente al concepto dada su generalidad excesiva; el gran número de opiniones proferidas al respecto tienden a probarlo ... Como lo ha señalado un comentarista, todos los intentos de resolver las numerosas y recurrentes preguntas generadas por la interpretación de dicho

<sup>34</sup> Por ejemplo, que no exista daño a la parte que la argumenta, o que se trata de un tecnicismo o se está en presencia de un argumento *venire contra factum proprium*.

<sup>35</sup> Burroughs J. en *Richardson v. Mellish* (2 Bing. 229 (1824) pg. 303).

concepto simplemente han resultado en generar preguntas más espinosas o polémicas...

[The fleeting character of public policy may be inherent to the concept due to its excessive generality; the wide scope of the almost countless opinions proffered in this regard would tend to prove it ... As a commentator has pointed out, all attempts to answer the numerous recurring questions raised by the interpretation of this concept merely resulted in raising further thorny or polemical questions...<sup>36</sup>]

México no ha sido una excepción. Lo que es más, se observa que es la causal ‘de cajón’ utilizada por las partes que no han prevalecido en un procedimiento arbitral.<sup>37</sup> Y la imaginación del litigante para encontrar una arista de orden público en casi cualquier materia ha mostrado ser envidiable.

La práctica debe ser reprobada y las tácticas rechazadas. Para ello, a continuación se comentará (i) lo que existe acuerdo que es ‘orden público’, y (ii) lo que *no* es.

#### i) Lo que es ‘orden público’

En general, por orden público se entiende ‘las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico’.<sup>38</sup> Existe una corriente de opinión que distingue entre ‘orden público local’ y ‘orden público internacional’.<sup>39</sup> El primero es más amplio que el

<sup>36</sup> *Tensaccia S.P.A. v. Freyssinet Terra Armata R.L.*, Tribunal Federal Suizo, 8 de marzo de 2006. El fundamento del análisis no solo fue la noción de orden público bajo el artículo V de la Convención de Nueva York, sino también el artículo 190(2) de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado. (A la fecha he tenido acceso únicamente a su traducción al inglés.)

<sup>37</sup> Y lo que es más, si bien la (escasa) jurisprudencia que existe es atinada en cuanto a que el umbral de orden público es alto, y el concepto es restringido, en ocasiones la práctica parece no seguir dichos estándares. Al respecto, el Dr. José Luis Siqueiros ha observado que, no obstante que la jurisprudencia mexicana sobre el tema es escasa, la legislación civil y mercantil federal y local es acorde con la postura adoptada sobre el tema por los países vanguardistas. En aplicación del texto se sugiere que se adopte una postura limitada de tal forma que queden comprendidos los principios fundamentales de la justicia y la moral o los intereses esenciales del Estado. (Siqueiros, José Luis, *El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales*, JURÍDICA, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., 2002, No. 32, pg. 45.)

<sup>38</sup> Como así lo definió la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos en *Parsons & Whittemore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier* (508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974)). Sus palabras exactas fueron “*the most basic notions of morality and justice*”.

<sup>39</sup> Al respecto, ver Arfazadeh, Homayoon, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Schulthess, Bruylant Bruxelles, L.G.D.J., 2005.

segundo.<sup>40</sup> Mientras que el orden público *local* versa sobre las nociones más básicas de moralidad y de justicia de una jurisdicción determinada, el orden público *internacional* es aquél aceptado como tal por la comunidad internacional. La aceptación de dicha distinción está dividida: algunos casos la han adoptado,<sup>41</sup> y otros no.<sup>42</sup>

Hay una corriente de opinión que postula que el contenido del término ‘orden público’ para efectos de nulidad y ejecución de un laudo incluye solo el orden público *internacional*. Hay quien disiente.<sup>43</sup>

## ii) Lo que **no** es ‘orden público’

Existe quien asimila a las normas imperativas con el orden público. Ello es un error. La confusión es natural pues la ley es confusa. Para aclarar deseo postular que dentro del género ‘orden público’ existen dos especies: el contractual y el que busca proteger la aplicación en México de instituciones ofensivas a lo que nuestra cultura jurídica considera importante. El primero es asimilable a normas imperativas; el segundo es lo que debe estimarse contenido en el concepto ‘orden público’ como causal de nulidad o no ejecución de un laudo. Fundamentaré la postura.

<sup>40</sup> Gaillard, Emmanuel y John Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International commercial arbitration*, The Hague, Netherlands, 1999, pg. 996; Van den Berg, op. cit. 3, pg. 361.

<sup>41</sup> Court of Appeal, *Westacre v. Jugoimport*, [1999] 2 Lloyd’s Rep. 65 (en donde se distinguió de “*English public policy*” de “*English domestic public policy*”); *Revue de L’Arbitrage*, París, 1999, pg. 255.

<sup>42</sup> Tribunal Federal Suizo, SJ 1980, pg. 65; *Yearbook Commercial Arbitration*, 1998, pg. 754.

<sup>43</sup> W. Michael Reisman, un prestigiado Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Yale, critica la utilización del orden público internacional como causal de no ejecución de laudos arbitrales. Sus motivos son: (1) lo etéreo de la noción, máxime si se toma en cuenta la cantidad de manifestaciones sugestivas contenidas en el derecho internacional y el ‘soft law’ — cuya obligatoriedad está llena de matices; (2) mientras que el orden público nacional tienen fundamentos y antecedentes que permiten una fácil verificación, ello no ocurre con el internacional; (3) cuando se argumenta en el foro arbitral *ius cogens* internacional, es imposible cuestionar la obligatoriedad del mismo mediante su cotejo con la práctica estatal y *opinio iuris*; (4) Cuestiona el valor agregado de utilizar el orden público internacional en el contexto arbitral. Después de todo, casi cualquier cuestión alegable bajo de orden público internacional es esgrimible bajo orden público nacional (por ejemplo, corrupción, esclavitud); y (5) la utilización de una noción tan imprecisa y subjetiva puede denostar al derecho internacional, el cual tiene un papel importante.

El orden público puede encontrarse en diversas leyes. Sin embargo, ello no implica que toda caracterización de una ley como de orden público la torna en inarbitrable. La Suprema Corte de Justicia lo ha dejado claro.<sup>44</sup> En donde en verdad tienen un contenido importante es en el contexto del derecho contractual y derecho internacional privado.

El orden público contractual: al hablar de 'orden público' el artículo 1830 del Código Civil Federal se refiere a normas imperativas.<sup>45</sup> Como es sabido, el derecho contractual está diseñado para contener dos tipos de normas: las dispositivas y las imperativas. Mientras que las primeras admiten pacto en contrario, las segundas no. Constituyen un límite a la libertad contractual. Las primeras son derecho **supletorio** (*ius dispositivum*), las segundas **imperativo** (*ius cogens*).<sup>46</sup>

Pero el término 'orden público' en el contexto de nulidad o no ejecución de laudos es distinto.<sup>47</sup> Se asemeja más al utilizado dentro del contexto de derecho internacional privado: el mecanismo por virtud del cual puede negarse la aplicación en México de derecho extranjero.<sup>48</sup> El motivo por el que los asemejo es que guardan una misma *ratio legis*: evitar que en México se apliquen instituciones que constituyen una antinomia con los principios más caros de nuestro sistema jurídico.

---

<sup>44</sup> ARRENDAMIENTO DE FINCAS DESTINADAS A HABITACION EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN CON ESE MOTIVO, PUEDEN VENTILARSE ANTE ARBITRO. De una interpretación armónica de las normas jurídicas que regulan el contrato de arrendamiento para casa habitación en el Distrito Federal, se concluye que en ninguna de las disposiciones reformadas o adicionadas en esta materia el legislador precisó que los interesados únicamente debían acudir ante los tribunales jurisdiccionales o instancias administrativas (Procuraduría Federal del Consumidor, conforme a los artículos 57 bis y 59 bis de su ley), para dilucidar las controversias en cuestión y menos aún estableció la prohibición expresa para que este tipo de contiendas puedan dirimirse ante árbitro como puede corroborarse con la lectura del artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Por consiguiente las partes contratantes tienen el derecho de comprometer ante árbitro esta clase de conflictos, el cual deberá respetar los derechos del arrendatario. (Contradicción de tesis 2/89 (entre las sustentadas por Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito), Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27 de noviembre de 1989.)

<sup>45</sup> Guardan relación con ello los artículos 6 y 8 del Código Civil Federal.

<sup>46</sup> Por ejemplo, el pacto de anatocismo (art. 2397 del Código Civil Federal).

<sup>47</sup> Artículo V.2.(b) de la Convención de Nueva York y 1457.II y 1462. II del Código de Comercio.

<sup>48</sup> Artículo 15.II del Código Civil Federal.

Es de predecirse que la postura por la que abogo encuentre opositores. Después de todo, se trata de un tema abierto, y pueden citarse ejemplos radicales en apoyo de la postura que el concepto 'orden público' como causal de no ejecución de un laudo debe incluir a las normas imperativas.<sup>49</sup> Haría una doble contestación: en primer lugar, contemplar a las normas imperativas dentro de la noción 'orden público' implicaría permitir que el juez de nulidad o de ejecución realicen un análisis sobre el fondo del asunto. En segundo, lo más probable es que si se está en presencia de una norma imperativa el tribunal arbitral la haya contemplado y aplicado. Podría replicarse que en caso de que el Tribunal no haya actuado así debe existir un mecanismo para impedir que sea ejecutado en México.

Un caso reciente es ilustrativo: *Thalès v. Euromissile*<sup>50</sup> en donde la parte que buscaba evitar la ejecución del laudo argumentaba que el mismo era contrario al orden público francés pues el contrato que contenía el acuerdo arbitral incluía una práctica monopólica: dividía el mercado entre competidores. Dada la importancia de la legislación de competencia económica, Thalès sostenía que el laudo no debía ser ejecutado. La Corte de Apelación rechazó el argumento. Sostuvo que la violación al orden público debe ser "flagrante, efectiva y concreta". La ilicitud, para ser violatoria del orden público, debe "saltarle a la vista" o "quemarle los ojos" al juez.<sup>51</sup> Al hacerlo, adoptó la tesis minimalista del contenido de orden público, excluyendo del mismo no sólo a las normas imperativas sino también a las de policía.

El criterio debe ser emulado.

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, podría decirse que de aceptar la teoría expuesta, un juez nacional tendría que ejecutar en México un laudo cuyo dispositivo monetario fuera en base a un pacto de anatocismo.

<sup>50</sup> Corte de Apelación de París, 18 de noviembre de 2004, *Revue de l' Arbitrage*, Comité Français de l' Arbitrage, Litec Editions, número 3, 2005, pgs. 529 *et seq.*

<sup>51</sup> Las palabras exactas fueron: "illicéité qui 'crève les yeux'".

b) *Arbitrabilidad*

La validez de un laudo puede ser cuestionada cuando en él se ventilen controversias que no sean susceptibles de ser resueltas por medio de arbitraje.<sup>52</sup> Qué materias pueden ser arbitradas es una cuestión dependiente del derecho aplicable.<sup>53</sup>

La regla de derecho mexicano acerca de arbitrabilidad puede ser resumida en que todas las controversias que no versen sobre una materia de interés público, que no perjudiquen derechos de tercero o que no estén expresamente excluidas, podrán ser resueltas por virtud del arbitraje. En términos generales, las controversias que involucran derechos pecuniarios son arbitrables.<sup>54</sup>

Como era de esperarse, la aplicación de una regla tan amorfa no ha carecido de problemas. Abordaré uno: el problema de ‘derechos de terceros’, no sin antes hacer un comentario sobre el origen de la arbitrabilidad.

i) *Leitmotiv* de la arbitrabilidad: interés público y confianza en el arbitraje

El que una materia sea susceptible de ser resuelta por arbitraje es una cuestión de derecho local. Ello a su vez parece estar influenciado por dos grandes variables, cuyo contenido es nutrido por nociones legales locales. La primera es la trascendencia social de cierta materia. La segunda es el nivel de confianza que la legislatura y judicatura local depositan en el arbitraje. Analicemos cada una por separado.

Diferentes jurisdicciones otorgan diferentes grados de trascendencia a ciertas materias. Ello impacta su arbitrabilidad. Si se considera, por ejemplo, que una materia tiene ramificaciones sociales importantes, o consecuencias que —aunque no sean

---

<sup>52</sup> Artículo V(2)(a) de la Convención de Nueva York, y artículos 1457(II) y 1462(II) del Código de Comercio.

<sup>53</sup> Mismo que, según las circunstancias del caso, puede ser uno de muchos (el derecho de las partes, el derecho aplicable al contrato, el derecho de la sede del arbitraje, etcétera). Sin embargo, en la medida en que un juez mexicano tiene que ventilar la procedencia de la ejecución de un laudo *en México*, éste tendrá que determinar la arbitrabilidad de la materia con base en derecho mexicano.

<sup>54</sup> De sí, estos lineamientos merecen un tratado. Dado el objetivo de este estudio no me explayaré. Para abundar consúltese González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México D.F., Ed. Porrúa, 2004, pgs. 97 a 113.

importantes— afectan a partes que no han suscrito el acuerdo arbitral, es probable que la materia se tilde de inarbitrable. Y el motivo es claro: el arbitraje es un mecanismo *privado* de resolución de controversia. En la medida en que el problema que busque ventilar deje de ser privado (es decir, implique a terceros), el arbitraje dejará de ser el instrumento ideal.

La confianza en el arbitraje también es una variable importante. El nivel de permisión de arbitrabilidad de ciertas ramas obedece a la confianza legal y judicial que se deposita en el arbitraje como un mecanismo confiable para resolver controversias. Existen diferencias de opinión sobre la postura que debe tomarse con respecto a las aristas o consecuencias que ramas diversas del derecho tienen sobre la sociedad. Y es en dicho momento en que legislaturas o judicaturas distintas adoptan posturas divergentes.

Es de sugerirse que tanto la judicatura como el legislativo reconozcan la eficacia del arbitraje y le brinden un voto de confianza. El arbitraje ha mostrado ser un mecanismo útil para resolver, no sólo controversias mercantiles e internacionales, sino problemas sociales serios.<sup>55</sup>

## ii) Derechos de Terceros: una noción amorfa

Como punto de partida, las variables descritas proporcionan un marco conceptual que explica porqué una materia es arbitrable o no. Pero no resuelve todas las interrogantes. Más bien, sólo las explica. La realidad de los casos lleva a observar que la primera variable contiene un nivel de complejidad adicional: *es una cuestión de grado*. Es decir, con frecuencia el que una materia involucre a terceros no es claro. Más bien, depende.

Algunos ejemplos pueden ser ilustrativos. Primero, piénsese en la determinación de arbitrabilidad de una controversia que involucra un contrato entre dos competidores, en el cual existe una división horizontal de mercados. Segundo, la arbitrabilidad de una controversia que involucre una marca.

---

<sup>55</sup> Los ejemplos abundan. Algunos son las reclamaciones internacionales derivadas de movimientos revolucionarios, el Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U., el UNCC, el arbitraje de inversión, el arbitraje entre Etiopía-Eritrea y un sinnúmero de arbitrajes de derecho internacional público en materias diversas que han incluido disputas territoriales.

Podría argumentarse que el primer caso no es arbitrable pues involucra un tema de competencia económica, rama que es generalmente citada como un ejemplo de inarbitrabilidad por involucrar leyes de policía de un Estado.<sup>56</sup>

Con respecto al segundo ejemplo, podría argumentarse que no puede arbitrarse puesto que una marca identifica a un comerciante con el público en general, lo cual necesariamente involucra a terceros.

El que el argumento de no-arbitrabilidad prospere en los ejemplos descritos dependerá de la adopción de una noción amplia (estirada, en mi opinión) de lo que constituyen “derechos de terceros”.

Es ante dicha posibilidad que postulo por la adopción de un principio de interpretación estricta, so pena de innecesariamente amputar el alcance del arbitraje.

Para ejemplificar cómo funcionaría la adopción de dicho principio de interpretación estricta, resolveré los dos ejemplos expuestos utilizando el mismo.

Comencemos con el ejemplo de la práctica monopólica absoluta. El que dicho pacto genere aristas de competencia económica es algo que no le compete al Tribunal Arbitral (constituido al amparo del acuerdo arbitral contenido en el contrato que contiene la división horizontal de mercados) determinar. Existe una autoridad especial (la Comisión Federal de Competencia) a quien le compete dicha determinación.<sup>57</sup> La labor del Tribunal Arbitral se ceñiría a ventilar las aristas *contractuales* —mas no *administrativas*— de dicha controversia. De considerarse que los hechos, además de resultar en responsabilidad contractual, materializan una práctica monopólica, deberá denunciarse ante la CFC para que inicie la investigación correspondiente. Y lo inverso ha ocurrido. En un caso<sup>58</sup> se ventiló ante la CFC la existencia de discriminación utilizando como prueba un laudo arbitral. La CFC utilizó el mismo como una prueba

---

<sup>56</sup> En específico, el artículo 9.III de la Ley Federal de Competencia Económica.

<sup>57</sup> Y no es del todo claro que exista una violación a la Ley Federal de Competencia Económica. Pueden existir circunstancias que excusen el pacto. No las abordaré. Pero supongamos para efectos de este análisis que la práctica tiene lugar.

<sup>58</sup> *Distribuidores Farmacéuticos Veterinarios en Cadena, S.A. de C.V. v. Schering Plough, S.A. de C.V.* (Expediente DE-08-2003. Gaceta de Competencia Económica número 19, año 7, mayo-agosto 2004, pg. 305.)

más y realizó sus propias conclusiones, que no necesariamente coinciden con las del Tribunal Arbitral.<sup>59</sup>

En cuanto al ejemplo de la marca, quien ha postulado que una controversia derivada de un derecho marcario es inarbitrable ancla su razonamiento en que una marca proyecta a un comerciante con el público en general. Por consiguiente, terceros se ven involucrados, lo cual hace inarbitrable la controversia. Considero que el razonamiento confunde ‘*involucrar a terceros*’ con ‘*derechos de terceros*’. Distingamos entre ‘*tener alguna relación con un tercero*’ y ‘*que verse sobre un derecho de tercero*’. *Es sólo cuando se ventila un derecho de tercero, no cuando se toca a un tercero, que la materia es arbitrable.* De lo contrario, cualquier disputa se interpretaría comprendida bajo dicha hipótesis. El motivo es fácil de entender: es muy difícil encontrar un evento que, de alguna manera, no tenga que ver con un tercero. Dicho razonamiento, que me recuerda la teoría del Efecto Mariposa,<sup>60</sup> debe ser desechada en materia de arbitrabilidad.

La ‘prueba de ácido’ de la arbitrabilidad de una materia en base al criterio derechos de tercero<sup>61</sup> debe ser interpretada en forma estricta so pena de artificialmente cercenar el alcance del arbitraje.

### c) *Falta de debido proceso*

Esta causal se ha prestado a abusos. Casi cualquier cuestión es argüida como una situación que pone a una parte en desventaja frente a otra. En la contundente mayoría de los casos dichas circunstancias están citadas fuera del contexto en el cual se dieron, y

<sup>59</sup> Lo cual no implica una contradicción. El fundamento de la reclamación en el procedimiento arbitral fue un contrato que contenía la obligación de dar el mismo trato. Luego entonces, la determinación del tribunal arbitral descansaba en la obligación *contractual* de dar el mismo trato, no una violación legal o a la LFCE de no discriminar por precios.

<sup>60</sup> Como el lector recordará, el “Efecto Mariposa” es parte de la teoría del caos de las ciencias exactas, y encapsula lo que se conoce como la dependencia delicada en condiciones iniciales (*sensitive dependence on initial conditions*). Pequeñas variaciones de las condiciones originales en un sistema dinámico pueden producir grandes variaciones en el comportamiento a largo plazo del sistema. La frase busca dramatizar e ilustrar la teoría refiriéndose a la posibilidad de que el papaloteo de una mariposa puede contribuir (o evitar) un tornado en otra parte del mundo. Las alas de la mariposa inician una cadena de eventos que eventualmente resultan en un fenómeno importante.

<sup>61</sup> Los demás criterios son: (i) que no sea un área expresamente excluida; (ii) que no verse sobre derechos que son de libre disposición; y (iii) que no afecten el interés público.

con frecuencia traen un giro: enfatizan (o tergiversan a su favor) una circunstancia, omitiendo el resto del contexto.

Las judicaturas más desarrolladas en materia de arbitraje adoptan una postura liberal y deferente a las determinaciones de tribunales arbitrales sobre cómo llevar el procedimiento. La actitud debe ser emulada. De lo contrario, se comprometería la finalidad del arbitraje y se violaría la presunción de validez de los laudos.

En caso de que una situación desafortunada se encuentre, aun así debe utilizarse la medida de la nulidad con mesura. Únicamente en casos extremos o extraordinarios debe el juez mexicano contemplar la posibilidad de anular o no ejecutar, y ello siempre y cuando: (a) no quede duda alguna de la imposibilidad de una de las partes de hacer valer sus derechos; y (b) quede claro en el laudo que dicha falta tuvo un resultado adverso. Si cualquiera de los dos requisitos está ausente, o, en caso de que se tenga cualquier duda sobre la ausencia de alguno de los mismos, el deber de respeto del laudo, aunado a la naturaleza y objetivos del arbitraje, debe pesar más y debe dejarse el laudo intacto.

En el arbitraje, como en la materia mercantil en general, entre comerciantes no hay lesión. Se presume que las partes que deciden optar por el arbitraje son peritos en negocios, son sofisticados y cuentan con asesoría jurídica adecuada. Por consiguiente, al optar por un método alternativo para resolver sus diferencias que es más expedito, llevado ante personas de su designación, confianza y respecto, renuncian a formalismos inherentes al método común (el litigio) y deben aceptar los resultados de tal elección.

La nulidad o no ejecución de un laudo debe ser el último recurso. Casi una tragedia. El motivo es que todo laudo tiene una inversión de tiempo y recursos importante, y –para bien o para mal– pone fin a una controversia. Debe dársele efectos aunque el juez competente desaprobe del contenido, o la forma le parezca bizarra.<sup>62</sup> Después de todo, el error de derecho no es una causal de nulidad<sup>63</sup> –pues ello invitaría inmiscuirse en el fondo del litigio.

---

<sup>62</sup> Algo frecuente en casos de laudos emitidos por extranjeros.

## VI. CASOS DRAMÁTICOS

La jurisprudencia arbitral internacional presenta ejemplos sobre casos en los que tribunales arbitrales internacionales han tenido que enfrentar medidas de jueces estatales que buscan obstaculizar procedimientos arbitrales.

A continuación se comentarán algunos casos internacionales que se enfrentaron con esta problemática, examinando los pasos que tomaron los tribunales arbitrales en cuestión y el razonamiento de los mismos, para luego elaborar un esquema de razonamiento que discierna entre medidas estatales que deben de respetarse de aquellas que deben ser obviadas.

### A. ÓRDENES ANTI-ARBITRAJE

Una orden anti-reclamación (*anti-suit injunction*) es una orden de un juez que previene a una parte que inicie o continúe procedimientos legales en otro foro.<sup>64</sup> Estas medidas han atraído mucha atención, pues pueden<sup>65</sup> constituir un obstáculo serio a la eficacia de procedimientos arbitrales. Un antídoto frecuentemente utilizado son, valga la redundancia, las órdenes anti-anti-arbitraje (*anti-anti-suit injunctions*),<sup>66</sup> por virtud de las cuales se ordena —ya sea por un tribunal estatal o arbitral— a la parte que ha recurrido a una jurisdicción distinta a obtener la orden anti-arbitraje a abstenerse de continuar con dicho procedimiento.

En México, no es posible que estas medidas puedan lícitamente tener lugar. El motivo es doble: (a) en derecho mexicano no existe el instrumento de órdenes anti-

---

<sup>63</sup> No es una de las causales expresamente contempladas en los artículos 1457 o 1462 del Código de Comercio, o V de la Convención de Nueva York.

<sup>64</sup> Las órdenes anti-reclamación pueden involucrar a procedimientos arbitrales. El resto de este análisis partirá de dicha premisa y las llamaré ‘órdenes anti-arbitraje’.

<sup>65</sup> Utilizo la palabra ‘pueden’ pues mi percepción es que ésta práctica no es tan rampante como algunos mencionan. Admito que existe diferencia de opinión.

<sup>66</sup> Por ejemplo, en el caso *KBC v. Pertamina (Karah Bodas Company LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara and PT, PLN (Persero)*, XXVII *Yearbook Commercial Arbitration*, 2002, pg. 814-838) una Corte de Distrito de Texas ordenó a Pertamina (una sociedad de Indonesia) a que se abstuviera de continuar solicitando en Jakarta, Indonesia, la nulidad del laudo emitido a favor de KBC en diciembre de 2000 así como la emisión de una orden que prohibiera a KBC continuar con la ejecución del laudo (una orden anti-arbitraje).

reclamación;<sup>67</sup> y (b) el derecho arbitral no solo no lo contempla, sino que no lo permite.<sup>68</sup> Si bien han existido algunas anomalías, son justamente eso —excepciones. Además, de ocurrir, las medidas anti-arbitraje serían violatorias del principio *compétence-compétence*, la obligación del juez de referir a las partes al arbitraje, el deber de las partes de litigar de buena fe y el principio de eficiencia de los procedimientos arbitrales. Lo que es más, existe una corriente de opinión que considera que un tribunal arbitral no estaría vinculado por dichas medidas, que tiene no solo la facultad de ignorarlas<sup>69</sup> —¡sino la obligación!<sup>70</sup>

## B. OBSTACULIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

Ciertos casos dramáticos han exigido la ponderación sobre la naturaleza de la relación entre la judicatura de la sede del arbitraje y el procedimiento arbitral seguido bajo la misma.

### 1. El caso CCI No. 7934

El caso CCI<sup>71</sup> No. 7934 involucró a una compañía italiana (como demandante) y una entidad de la República de Bangladesh (como demandada) con sede en Dhaka, Bangladesh, en donde un juez de Bangladesh intentó revocar la autoridad del tribunal ante una recusación que no prosperó. El tribunal arbitral declinó a cumplir dicha orden razonando que el único mecanismo para quitar a un árbitro es la recusación, según se contempla en el reglamento arbitral.

El razonamiento seguido por el tribunal arbitral fue que, si un Estado es parte de un arbitraje, el principio enunciado cobra más fuerza puesto que si se permitiera a un

---

<sup>67</sup> Estas medidas son instrumentos procesales de jurisdicciones de *common law* (no civilistas) que tienen por objeto proteger su competencia. Si bien dentro de la judicatura existe una medida similar (inhibitoria), ello obviamente no aplica en materia de arbitraje.

<sup>68</sup> Artículo 1421 del Código de Comercio.

<sup>69</sup> Este tema ha motivado debates interesantes. Es un tema abierto, y existen precedentes internacionales que apoyan ambas posturas.

<sup>70</sup> El fundamento es el deber de los árbitros de cumplir con su misión, y en forma expedita.

<sup>71</sup> Bajo el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”).

Estado detener el procedimiento arbitral ello daría como resultado que el arbitraje sea opcional para dicho Estado, lo cual no puede admitirse —sería contrario a nociones elementales de derecho contractual y arbitral.

## 2. El caso CCI No. 10623

Este caso involucró un arbitraje entre una constructora europea contra una autoridad municipal de Etiopía, con sede en Addis Abeba, regido por el Código Civil de Etiopía.

En respuesta a una audiencia arbitral que el tribunal arbitral agendó en París Etiopía solicitó la remoción de los árbitros arguyendo imparcialidad notoria al buscar más su conveniencia propia y la del demandante que la del demandado y los testigos que comparecerían (que eran residentes de Etiopía) en relación con el lugar de la audiencia. La solicitud fue rechazada por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. En respuesta Etiopía solicitó a un juez de Etiopía remover a los árbitros,<sup>72</sup> como resultado de lo cual un juez de Etiopía emitió una orden de suspensión del procedimiento arbitral.

El tribunal arbitral decidió que, no obstante el respeto que le tenía a los jueces de dicho país, continuaría con el arbitraje. Ello obedeció a que (i) el tribunal arbitral no es un órgano de Estado; (ii) las obligaciones del tribunal arbitral son *vis-à-vis* las partes, no una judicatura; (iii) un contrato que incluye un acuerdo arbitral está desligado de un orden jurídico, tiene una validez en derecho y principios internacionales que rebasan el derecho local; (iv) el deber de asegurarse que el laudo sea ejecutable incluye el deber de no abdicar ante obstáculos injustificados; (v) acatar la orden violaría el principio de *compétence-compétence* pues no le corresponde a jueces estatales usurpar la decisión del tribunal arbitral sobre su jurisdicción; y (vi) aceptar el resultado sería un precedente intolerable que invitaría a las partes a frustrar los acuerdos y procedimientos arbitrales.

---

<sup>72</sup> Dicha solicitud fue realizada con fundamento en el Código Arbitral de Etiopía.

### 3. Himpurna v. Indonesia

El caso *Himpurna California Energy Ltd. v. The Republic of Indonesia* (“Himpurna”)<sup>73</sup> involucró un arbitraje en contra de Indonesia con fundamento en una garantía de cumplimiento emitida por el ministro de finanzas, ante la negativa de una entidad administrativa indonesia de honrar un laudo emitido en su contra. Una corte de Jakarta (la sede del arbitraje) emitió una (anómala<sup>74</sup>) orden de suspensión del procedimiento arbitral.

El tribunal arbitral declinó suspender el arbitraje y prosiguió con audiencias arbitrales en La Haya para examinar a los testigos. Indonesia intentó obtener una orden de suspensión en los Países Bajos, pero fracasó.<sup>75</sup> Ante ello, agentes de Indonesia interceptaron y secuestraron a uno de los tres árbitros (nacional de Indonesia) evitando que compareciera a la audiencia. Ante lo anterior, el tribunal arbitral no tuvo opción más que proceder en forma truncada a emitir su laudo final en contra de la República de Indonesia.<sup>76</sup>

### 4. Otros procedimientos

Existen otros casos que hacen uso del derecho y procedimiento penal para restarle efectos al arbitraje. No daré ejemplos para evitar repetición, pero las instancias han sido no solo desafortunadas, sino vergonzosas. Afortunadamente, nunca han prosperado.

Sin embargo, la actitud debe ser rechazada. Además de la violación ética que implica intentar convertir en penales procedimientos meramente mercantiles, existe una

---

<sup>73</sup> Extractos del Laudo Interino de fecha 26 de septiembre de 1999 y el Laudo Final del 16 de octubre de 1999 han sido publicados en *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXV-2000, pgs. 109-215.

<sup>74</sup> Quien la solicitó, Pertamina, no tenía derecho de acción (*locus standi*) puesto que no era parte del procedimiento arbitral. Se incluyó como parte demandada al Estado Indonés, lo cual, además de su incongruencia inicial, se magnifica por el hecho que es el Presidente quien designa a su consejo directivo y una de las causales de remoción es que actúen en forma “inconsistente con los intereses del gobierno”. Finalmente, la sanción por incumplimiento de la orden de suspensión era una multa de un millón de dólares por cada día que transcurría el procedimiento arbitral.

<sup>75</sup> Lo cual no era de extrañar, Los Países Bajos es una jurisdicción de notoria sofisticación en materia arbitral.

<sup>76</sup> El ‘tribunal trunco’ es aquel al que le falta uno de sus miembros. Dependiendo de los motivos de la falta, el derecho arbitral (e internacional) le reconocen validez.

violación del derecho arbitral: el deber de arbitrar de buena fe y no tomar medidas que entorpezcan, encarezcan o agraven la controversia y su solución.

### C. LECCIONES

Los casos citados presentan ejemplos interesantes sobre cómo tribunales arbitrales han tenido que vencer obstáculos para evitar que su misión fuera frustrada. Ello echa luz sobre la (complicada) relación judicatura-arbitraje. De dichas experiencias pueden decantarse los siguientes principios:

1. La jurisdicción de un tribunal internacional no emana de un soberano sino del “orden internacional”.<sup>77</sup>
2. El tribunal arbitral no es un órgano de Estado sino una “criatura”<sup>78</sup> de contrato.
3. No existe jerarquía –y mucho menos sumisión– entre un tribunal arbitral y uno estatal.
4. El deber principal del tribunal es hacia las partes, no hacia otras judicaturas; y consiste en llevar a cabo su misión: resolver la controversia. Ello incluye asegurarse que el acuerdo arbitral no sea frustrado.
5. Los tribunales arbitrales no están incondicionalmente sujetos a la jurisdicción de los jueces de la sede del arbitraje.

## VII. COMENTARIO FINAL

En mi opinión, el arbitraje en México no ha llegado a su edad adulta. Más bien creo que está en su pubertad: se está definiendo. Por ende, el momento es propicio para señalar en qué se puede mejorar.

---

<sup>77</sup> Utilizando las palabras del tribunal de *Himpurna*.

<sup>78</sup> Como lo sostuvo el Tribunal del Caso CCI No. 10623. Las palabras utilizadas fueron “*creature* [of the contract]”.

Si bien como regla puede decirse que los procedimientos arbitrales están siendo respetados y apoyados por la judicatura mexicana, en algunos casos ha sucedido que jueces toman pasos que exceden, y con frecuencia contradicen, su papel con respecto al arbitraje.

La relación entre la judicatura y un procedimiento arbitral no es de control; es de apoyo. El arbitraje es un mecanismo de creciente utilización para resolver problemas serios. El régimen legal aplicable tiene una orientación que le reconoce la mayoría de edad tanto a los árbitros como a los practicantes, dándoles una libertad derivada de una ausencia de normas protectoras ni intervencionismo judicial. Dicha libertad, como toda libertad, trae aparejada una obligación: actuar responsablemente. Y dicha responsabilidad es compartida. El juez y el árbitro no compiten. *Cooperan*. Para que dicha cooperación logre la sinergia con la que fue diseñada es necesario que cada uno entienda su papel y actúe en consecuencia: mientras que el árbitro tiene la obligación de resolver la controversia que se somete a su consideración en forma rápida y eficiente, al juez nacional le corresponde cooperar con dicha misión.

## VIII. PREGUNTAS PARA EL CONGRESO

Propongo las siguientes preguntas durante el X Congreso Anual de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.:

1. ¿Existen elementos para considerar que el papel de la judicatura con respecto al arbitraje es otra que la expuesta en este estudio?
2. ¿Qué se opina de la propuesta del principio de interpretación estricta de la noción de arbitrabilidad?
3. ¿Existen mejores alternativas que las aquí propuestas para remediar los problemas en relación con el juicio de nulidad y ejecución del laudo arbitral?
4. ¿Son convincentes las lecciones establecidas en este estudio sobre los casos de obstaculización a procedimientos arbitrales?

5. ¿Puede un árbitro simplemente ignorar las intervenciones judiciales en procedimientos arbitrales que son injustificadas?
6. ¿Qué se opina sobre la improcedencia bajo derecho mexicano de las órdenes anti-arbitraje?