

ARBITRAJE EN MÉXICO: ¿UN JARDÍN O UNA JUNGLA?

Nota para la Reunión del Grupo Latinoamericano de la CCI
Río de Janeiro, 19 de septiembre de 2007

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN: BOTÁNICA ARBITRAL MEXICANA	2
II.	EJECUCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL	2
	A. INTRODUCCIÓN	2
	B. MECÁNICA PROCESAL DEL DEBER DE REMITIR	3
	C. <i>COMPÉTENCE-COMPÉTENCE</i>	4
	1. Los (Contradictorios) Criterios de Colegiados	4
	2. La Solución de la Contradicción por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	4
	3. Opinión sobre la Contradicción.....	5
III.	NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.....	6
	A. INTRODUCCIÓN	6
	B. EL ABUSO DE LA INSTITUCIÓN.....	6
	C. RECURSOS	7
	1. Introducción.....	7
	2. Contradicción.....	7
	3. Postura de la Corte.....	9
	4. Opinión.....	9
	D. LAS CAUSALES	10
	1. Orden público.....	10
	2. Falta de debido proceso.....	11
IV.	OTRAS ÁREAS	12
	A. CONSTITUCIONAL	12
	B. LITIGIOS PARALELOS	13
	C. AMPARO	14
	1. Introducción.....	14
	2. Precedentes judiciales correctos.....	14
	3. Tipo de Amparo	15
	D. DEMANDAS CONTRA ÁRBITROS	17
	E. ÓRDENES ANTI-ARBITRAJE.....	18
V.	COMENTARIO FINAL: MÉXICO COMO UN JARDÍN VERDE Y FRONDOSO, SI BIEN PODABLE	19

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro activo en casos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje (incluyendo Arbitraje de Inversión), Universidad Iberoamericana; Coordinador del Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; miembro del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte; representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; miembro del Instituto Mexicano del Arbitraje; miembro del *International Arbitration Institute*; Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo de Lausanne, Suiza (*Tribunal Arbitral du Sport*). Observaciones bienvenidas a: fgcossio@gdca.com.mx

I. INTRODUCCIÓN: BOTÁNICA ARBITRAL MEXICANA¹

Este estudio ha sido preparado para la reunión en Río de Janeiro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional el 19 de septiembre de 2007. Su propósito es dar una visión *panorámica* de la flora arbitral mexicana.

Para ello, se estudiarán dos ‘plantas’ del ‘bosque’ legal mexicano: la ejecución de *acuerdos* arbitrales y de *laudos* arbitrales; así como otras ‘flores’ judiciales. Es sabido que México cuenta con buen derecho arbitral.² Contando con tierra fértil, la pregunta tiende a tornarse en el tipo de plantas judiciales que han crecido sobre la misma: flores o malas hierbas.

Como se verá, visto desde Río, México no es una jungla arbitral; más bien es un jardín que no solo carece de plantas tóxicas judiciales, sino que cada vez florece más.

II. EJECUCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

A. INTRODUCCIÓN

Una forma en la que la judicatura asiste al arbitraje es reconociendo y ejecutando el acuerdo arbitral. Para ello es deber de los tribunales que tengan conocimiento de una controversia amparada por un acuerdo arbitral remitir a las partes al arbitraje.³

En términos generales, el deber de remitir al arbitraje es respetado y realizado en forma expedita. Existen algunas arrugas procesales que la práctica ha identificado y que es conveniente planchar, mismas que a continuación se comentarán brevemente. Me centraré en la mecánica procesal para ejecutar el acuerdo arbitral y el respeto por el principio *compétence-compétence*.

¹ Porciones de esta nota están tomadas de un estudio reciente de este mismo autor: EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

² México adoptó en 1993 la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional y es parte de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional del 30 de enero de 1975 (“Convención de Panamá”).

³ Artículo II(1) de la Convención de Nueva York.

B. MECÁNICA PROCESAL DEL DEBER DE REMITIR

La remisión al arbitraje es *ex parte*, no es *ex officio*. Un aspecto procesal que ha demostrado ser conflictivo en la práctica es el mecanismo procesal conforme al cual debe un juez remitir a las partes al arbitraje cuando se presenta una demanda judicial por una controversia amparada por un acuerdo arbitral.

El parque legal procesal ofrece tres opciones/métodos para cumplir con el deber contemplado en el artículo 1424 del Código de Comercio: (i) tramitar la petición como incidente; (ii) como una excepción; o (iii) simplemente realizar una petición al Juez conforme al artículo 1424 del Código de Comercio.

Tramitar la petición como *incidente* no parece adecuado pues no existe un juicio *principal* del cual forma parte. Es decir, caracterizarlo de ‘incidente’ parece no ser la forma más pura de hacerlo, desde una adecuada teoría procesal.

Realizar la petición como una *excepción* también genera problemas. No se trata de una cuestión de competencia pues no se refiere a la selección del foro *judicial* donde se ventilará el asunto, dado que el arbitraje no es un proceso judicial. En una conferencia reciente un procesalista experimentado concluyó que esta no es la interpretación idónea, pero puede ser útil para la defensa del caso, y que, en todo caso, sería una excepción de previo y especial pronunciamiento.⁴

La interpretación más acertada parece ser que se trata simplemente de una petición al Juez bajo el artículo 1424 del Código de Comercio, puesto que es una disposición independiente de la tramitación de los Juicios Mercantiles.⁵

El tema es *interesante e importante*. *Interesante* puesto que versa sobre la (complicada) relación judicatura-arbitraje. *Importante*, pues se trata de una de las medidas que más efficientizan (u obstaculizan — de utilizarse mal), el arbitraje.

⁴ Miguel Bernal Trani en su conferencia del 4 de julio de 2007 sobre este tema ante el Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

⁵ Como dato interesante, durante la ponencia el Lic. Miguel Bernal Trani mencionó que había tenido la oportunidad de litigar con ésta problemática una docena de asuntos y que, no obstante que todos los litigó de la misma manera, los resultados habían sido dispares, atendiendo al Juez que conociera del caso, y habían caído dentro de las tres especies comentadas.

C. *COMPÉTENCE-COMPÉTENCE*

Parece existir una contradicción entre la excepción a la facultad de remisión al arbitraje (que corresponde al juez⁶), y la facultad de decidir sobre la validez del acuerdo arbitral (que corresponde al árbitro).⁷ A continuación se comentará la respuesta que al respecto dio la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la “Suprema Corte”).

1. **Los (Contradictorios) Criterios de Colegiados**

Mientras que el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (“Sexto TCC”) sostenía⁸ que la validez del acuerdo arbitral es decisión del tribunal arbitral, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (“Décimo TCC”) postulaba lo contrario:⁹ dicha facultad le corresponde al juez.¹⁰

La contradicción se denunció.

2. **La Solución de la Contradicción por la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

La Suprema Corte resolvió que dicha facultad le corresponde al juez. La tesis jurisprudencial que al respecto se emitió dice:¹¹

ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO,

⁶ Artículo 1424 del Código de Comercio que dice: “**El juez** al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, **remitirá** a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, **a menos** que se **compruebe** que dicho **acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.**”

⁷ 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.** (...)”

⁸ Amparo en revisión 3836/2004.

⁹ Amparo en revisión 31/2005.

¹⁰ No abundaré sobre los recovecos procesales que tuvieron lugar en cada caso, pero resumiré la trayectoria, pues, en forma interesante, en ambos existió un zig-zag procesal (todos los órganos que intervinieron decidieron en forma distinta).

¹¹ Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006. (Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza.)

CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL. La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.

El razonamiento de la Suprema Corte está basado en las siguientes premisas: (1) el acuerdo de arbitraje es un acto privado en el que se renuncia a derechos subjetivos; (2) como regla dicho pacto implica que el árbitro resuelve sobre la existencia y validez del contrato; (3) dicha regla tiene una excepción: que se demande la nulidad del acuerdo arbitral mismo —no del contrato—, en cuyo caso tendría que ser el juez competente quien decida sobre ello.

3. Opinión sobre la Contradicción

La postura adoptada por la Suprema Corte es incorrecta; viola la letra y el espíritu del principio de *Compétence-Compétence*, así como la mecánica de ejecución del acuerdo arbitral. En esencia, los motivos son que viola la letra de la ley, el espíritu, la mecánica de ejecución y los objetivos del principios.¹²

¹² No se abundará sobre ello. Sin embargo, de desear hacerlo puede consultarse el estudio *The Compétence Compétence Principle, Revisited*, *Journal of International Arbitration*, 24(3), 2007, que también ha sido presentado para la reunión del Grupo Latinoamericano de la CCI en Río de Janeiro el 19 de septiembre de 2007.

Aunque incorrecta, el impacto de la decisión no debe ser magnificado. El árbitro que se encuentre con que una de las partes ha *judicialmente* impugnado la validez del acuerdo arbitral no está obligado a suspender el procedimiento,¹³ lo cual constituye un acierto de los diseñadores del derecho arbitral. Se trata de una facultad que evita tácticas dilatorias.

III. NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

A. INTRODUCCIÓN

La instancia en la cual la participación de la judicatura en arbitraje es más decisiva es al momento de hacer cumplir el laudo. En términos generales, la contundente mayoría de los laudos son ejecutados. La aseveración es tal que los casos en que ello no se ha logrado siguen atrayendo atención dada su excepcionalidad y con frecuencia se observa que se generaliza a partir de excepciones.

Lo anterior no quiere decir que no se carezca de problemas. Me centraré en el abuso de la institución (§B); los recursos (§C) y las causales de nulidad y ejecución (§D).

B. 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 *contenido* de la decisión del tribunal arbitral, sino sobre situaciones 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.

Desafortunadamente, está ocurriendo que el juicio de nulidad se utiliza 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 uninstancial. Cuando existe una circunstancia de tal gravedad que puede

¹³ Segundo párrafo del Artículo 1424 del Código de Comercio.

comprometer la legitimidad del procedimiento, el recurso debe utilizarse. Pero no como un recurso ordinario o con fines de cuestionar el fondo, o para retrasar el cumplimiento del laudo. Ello viola el acuerdo de las partes al acudir al arbitraje. Así lo han decidido casos importantes.

C. RECURSOS

1. Introducción

Recientemente la Suprema Corte resolvió una contradicción de tesis¹⁴ que versó sobre la procedencia de recursos en el procedimiento de ejecución de un laudo arbitral.

A continuación comentaré el contenido de la contradicción (§2), la postura de la Corte (§3) para dar un comentario sobre el sentido (§4).

2. Contradicción

Mientras que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (el “Séptimo TCC”) consideraba que las determinaciones dictadas dentro del procedimiento de ejecución de un laudo sí son recurribles,¹⁵ (salvo la sentencia),¹⁶

¹⁴ Contradicción 40/2007-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Cuarto y Séptimo, ambos en materia civil del Primer Circuito.

¹⁵ El razonamiento del Séptimo TCC fue que, a pesar que el 1463 del Código de Comercio establece una excepción al principio de impugnabilidad de las determinaciones de los juzgadores, no puede entenderse aplicable a todas las determinaciones durante el procedimiento ya que las excepciones deben aplicarse limitativamente. Por ende, concluyó que las determinaciones dictadas por los jueces en un procedimiento de reconocimiento y ejecución sí son impugnables, salvo la sentencia.

¹⁶ Recurso de Revisión R.C. 284/2002. La tesis que de ello se generó fue: INCIDENTE DE RECONOCIMIENTO O EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL. LOS ACUERDOS DICTADOS DURANTE EL DESARROLLO DE ÉSTE, SON IMPUGNABLES MEDIANTE EL RECURSO DE REVOCACIÓN (LEGISLACIÓN EN MATERIA MERCANTIL). De una interpretación sistemática de las normas que rigen la materia mercantil y, en especial, del contenido de los artículos 1334, 1336 y 1341 del Código de Comercio, así como de conformidad con los principios que imperan en el sistema jurídico mexicano, es posible afirmar que, por regla general, todas las resoluciones que dictan los juzgadores de primera instancia pueden ser impugnables a través de un medio de defensa legal; sin embargo, es posible también que el legislador establezca excepciones a la regla, como ocurre con la resolución que decide en definitiva el incidente de homologación o ejecución de laudo arbitral, la cual es irrecurrible por virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1463 del Código de Comercio. No obstante lo anterior, la excepción en comento no puede hacerse extensiva a todas las determinaciones que en el incidente de referencia dicte un Juez de primer grado, dado que, por su propia naturaleza, las

el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (el “Cuarto TCC”) sostenía que *no* son recurribles,¹⁷ a través de un razonamiento interesante.¹⁸

excepciones a reglas generales deben aplicarse limitativamente, es decir, sólo a los casos para los que fueron creadas, además de que si esa hubiera sido la intención del legislador, en el texto legal citado se habría incluido una norma en ese sentido. Por tanto, si la resolución definitiva que se pronuncie en el proceso incidental mencionado no es recurrible, entonces no puede hacerse valer en su contra el recurso de apelación y, por tal motivo, tampoco puede interponerse dicho medio de defensa contra las determinaciones dictadas en el transcurso del incidente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1341 del Código de Comercio; en consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1334 de dicho cuerpo normativo (que dispone que contra los autos que no fueren apelables y los decretos solo procede el recurso de revocación), es indudable que las determinaciones dictadas en el transcurso del incidente de mérito únicamente pueden ser combatidas a través del recurso de revocación.

¹⁷ Las premisas de su conclusión fueron: (1) uno de los propósitos del legislador en la regulación del procedimiento de ejecución de laudos consistió en establecer un procedimiento rápido dadas las necesidades contemporáneas del comercio, sobre todo internacional, evitando obstáculos y trabas dilatorias (aludió a los artículos 360 y 574 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), y 1353 y 1355 del Código de Comercio, concluyendo que el procedimiento al que hace alusión el 1463 del Código de Comercio (360 del CFPC) es más rápido); (2) la exposición de motivos privilegia la ejecución de laudos arbitrales; (3) La (sic) ‘profunda reestructuración del Título Cuarto, Libro V, del Código de Comercio que inserta a México en el marco de la globalidad, modificando para ello antiguas estructuras jurídicas a fin de agilizar los procedimientos de solución de controversias simplificando sus trámites y aportando certidumbre y seguridad jurídica a las operaciones mercantiles.’

¹⁸ Recurso de queja Q.C. 6/2007. La tesis que de ello se generó fue: INCIDENTE DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL. NO SON RECURRIBLES LAS RESOLUCIONES INTERMEDIAS DICTADAS EN ÉL. (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO). El artículo 1463 del Código de Comercio señala que la resolución dictada en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, no será objeto de recurso alguno, sin especificar el tipo de resolución al que hace referencia. Sin embargo, esto no implica que se refiera estrictamente a la resolución que pone fin a dicho procedimiento, sino a todas las resoluciones que sean dictadas en él. Si bien los procedimientos arbitrales son medios por los cuales se pueden dar soluciones alternativas a las disputas que se presenten en el ámbito mercantil de manera rápida y expedita los incidentes que se promueven para efecto de reconocer y ejecutar las determinaciones dictadas en ese tipo de procedimientos deben seguir la misma celeridad, practicidad y expeditéz, pues de lo contrario sería ilógico admitir que, por una parte, se resuelvan con sencillez y prontitud los asuntos sometidos a los procedimientos arbitrales y, por la otra, la sustanciación de los incidentes de reconocimiento y ejecución de sus laudos impliquen una mayor complejidad en su tramitación para resolverse, tal y como sucedería si se admitiera la recurribilidad de las resoluciones intermedias o cualesquiera otras dictadas en los incidentes antes mencionados. Además, aún cuando se considerara que el artículo en cuestión sólo se refiriera a la resolución que pone fin a los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, en atención a los principios de celeridad, practicidad y expeditéz antes expuestos, se desprende como regla procesal que en este tipo de procedimientos solo serán recurribles los autos, decretos o interlocutorias si lo es la sentencia definitiva, por lo que se concluye que si la resolución final no admite recurso alguno, tampoco lo admitirán las resoluciones intermedias u otras dictadas en esos procedimientos.

3. Postura de la Corte

La Suprema Corte resolvió la contradicción a favor del Cuarto TCC — y con carácter de jurisprudencia. De sus motivos, hay uno que vale la pena restaltar. En opinión de la Suprema Corte, la *ratio legis* detrás de escoger el procedimiento contemplado en el artículo 1463 del Código de Comercio (que remite al 360 del CFPC) y no a los 1353, 1354 del Código de Comercio o 574 del CFPC. Dicho paso entreveía la intención del legislador que los incidentes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales no desvirtuaran la celeridad del arbitraje. Para ello estableció que se sustanciaran conforme al 360 del CFPC por ser dicho precepto el que regula con mayor premura la sustanciación de dicho juicio. Siguiendo con dicha intención, del cotejo de dichos artículos se percibía que la más rápida y sencilla fue la del 360 del CFPC.

4. Opinión

La Contradicción es plausible, tanto en contenido como método. En cuanto a *contenido*, interpretar un precepto con miras a la reducción de recursos en un proceso que tiene por objeto ser veloz, es encomiable. En cuanto a *método*, el razonamiento de la Corte refleja una incuestionable actitud proarbitraje.

Desde el ángulo procesal, interpretar que el precepto admite la procedencia de la revocación (no apelación) hubiera tenido un efecto positivo: dar la posibilidad de eliminar errores intraprocesales. (Dado que ello reduce la procedencia del amparo en contra de la sentencia final, paradójicamente, hubiera redundado en reducción —mas no eliminación¹⁹— de tácticas dilatorias, máxime que no se trata de un recurso tardado.²⁰)

Hay quien considera que es más congruente con la interpretación auténtica: quien redactó el artículo 1463 del Código de Comercio no deseaba que el procedimiento se siguiera *como incidente* sino que se siguieran los pasos y tiempos procesales que para el incidente contempla el artículo 360 del CFPC.²¹

¹⁹ Puesto que la revocación no elimina la procedencia del amparo.

²⁰ Para abundar, véase el pronunciamiento que al respecto realizó el Instituto Mexicano del Arbitraje en www.imarbitraje.org.mx.

²¹ Para ver porqué *confere* González de Cossío, *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, 2007, pg. 412.

Luego entonces, la interpretación de la Suprema Corte restituye al precepto su intención original. Sin embargo, la postura no carece de opositores: hay quien cuestiona que en verdad ello haya sido la intención legislativa.²²

D. LAS CAUSALES

En general, el contenido de las causales de nulidad es correctamente aplicado. Existen algunas excepciones que merecen comentarse, pero sin perder de vista que son justamente eso: excepciones.

1. 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.²³ 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 alejar de buen derecho. Nunca es argumentado más 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 from the sound law. It is never argued at all but when other points fail.²⁴]

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

²² Estoy en deuda con Rodrigo Zamora Etcharren por sus agudas observaciones sobre este tema. Sin embargo, cualquier error es atribuible únicamente al autor.

²³ Artículo V(2)(b) y 1457(I)(a) y 1462(II)(a) del Código de Comercio.

²⁴ Burroughs J. en *Richardson v. Mellish* (2 Bing. 229 (1824) pg. 303).

la interpretación de dicho 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...²⁵]

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. Y la imaginación del litigante para encontrar una arista de orden público en casi cualquier materia ha mostrado ser envidiable.

Sin embargo, la táctica no ha sido exitosa. Si bien frecuentemente socorrida, su éxito ha sido virtualmente nulo. Y en cambio algunos casos han expresamente rechazado la nulidad de laudos arbitrales que contenían algún elemento de orden público.²⁶

Por ende, se observa una incipiente pero importante —y plausible— tendencia a adoptar la postura minimalista del orden público.²⁷

2. Falta de debido proceso

Esta causal se ha prestado a abusos.²⁸ 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

²⁵ *Tensaccia S.P.A. v. Freyssinet Terra Armata R.L.*, Tribunal Federal Suizo, 8 de marzo de 2006. El fundamento del análisis no sólo 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.

²⁶ Incidente de nulidad de laudo arbitral número 213/2005-V, Juzgado duodécimo de Distrito en materia Civil en el Distrito Federal, sentencia del 28 de marzo de 2006.

²⁷ Actualmente se está librando una batalla intelectual sobre el contenido de la noción ‘orden público’. Generalizando, existen dos bandos: la tesis ‘minimalista’ del orden público y la tesis ‘maximalista’. Bajo la *minimalista*, el papel del juez se debe limitar a cerciorarse que la ejecución del laudo no implique, de manera evidente y sin examen del fondo, una afronta grave a los valores fundamentales del foro. Bajo la *maximalista*, el juez debe analizar el laudo con más profundidad. En su extremo aboga por un examen crítico del razonamiento del árbitro con miras a evitar que haya violado el orden público (nacional o internacional).

²⁸ Artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457(1)(b) y 1462(3)(b) del Código de Comercio.

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

Si bien la procedencia de la causal es dependiente de las circunstancias del caso,²⁹ en términos generales no ha sido exitosa. Ello es de aplaudirse. La nulidad o no ejecución de un laudo debe ser el último recurso. Casi una tragedia. 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.³⁰ Después de todo, el error de derecho no es una causal de nulidad³¹ —ello invitaría inmiscuirse en el fondo del litigio.

IV. OTRAS ÁREAS

El arbitraje ha generado aristas en diversas áreas. A continuación me centraré en las que han sido judicialmente abordadas y resueltas.

A. CONSTITUCIONAL

En sus orígenes, la constitucionalidad del arbitraje fue puesta en tela de juicio. Si bien la preocupación no ganó eco entre los *connoisseurs*, a algunos usuarios prospectivos les preocupaba el tema. Afortunadamente, la Suprema Corte ha disipado las dudas sobre dicho tema indicando:

ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si se parte de la base que el juicio arbitral es aquel que se tramita ante personas o instituciones que no son Jueces del Estado, o que siéndolo, no actúan como tales, sino como personas de derecho privado, es inexacto que los preceptos reclamados, al establecer la posibilidad de que los particulares sujeten sus controversias al arbitraje comercial, otorguen a los tribunales arbitrales la calidad de tribunales especiales, pues quienes emiten dichos laudos son personas o instituciones designadas para resolver controversias entre particulares, ya sea como amigables compondores o en conciencia, sólo si las partes las han autorizado expresamente para hacerlo en términos del artículo 1445, párrafo tercero, del citado código. Estos laudos deben ser reconocidos u homologados por los órganos jurisdiccionales correspondientes, a fin de

²⁹ Para abundar, véase, *ARBITRAJE Y LA JUDICATURA*, *ob. cit.*, pgs. 69 et seq.

³⁰ Algo frecuente en casos de laudos emitidos por extranjeros.

³¹ 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.

que adquieran la fuerza jurídica necesaria para su completa obligatoriedad, y a efectos de su ejecución de conformidad con los artículos 1461 a 1463 del ordenamiento mencionado. De ahí que el arbitraje comercial regulado en el Código de Comercio no contraviene el artículo 13 de la Constitución, que como garantía de igualdad, en el aspecto jurisdiccional, prohíbe los tribunales especiales.³²

La tesis es encomiable. No tanto por su contenido como por su utilidad. En cuanto a su *contenido*, los aficionados al derecho constitucional encontrarán que no hay nada nuevo bajo el sol. En cuanto a su *utilidad*, ha servido de autoridad para disipar las dudas de los escépticos.

B. LITIGIOS PARALELOS

La existencia de litigios paralelos arbitrales y otros es un fenómeno que empieza a observarse en México, pero con menos frecuencia que otras jurisdicciones. No obstante que aún no llega a niveles patológicos, México ya cuenta con una medicina preventiva: en fechas recientes la siguiente tesis ha sido acuñada, y que es correcta:

LITISPENDENCIA. NO PUEDE HACERSE VALER DICHA EXCEPCION SI EXISTE, POR UNA PARTE, LA TRAMITACION DE UN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL Y, POR LA OTRA, UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL. De la interpretación del artículo 1123 del Código de Comercio, se advierte que es claro al señalar que dicha excepción únicamente procede cuando un Juez ya conoce de un juicio, en donde existe igualdad entre partes, acciones deducidas y cosas reclamadas, supuesto normativo que no se actualiza cuando la controversia surge entre un Juez y un árbitro. Se afirma lo anterior, porque un árbitro no es funcionario del Estado, puesto que sus facultades derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley y, aunque la sentencia o laudo arbitral no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva, ya que sólo adquiere ese carácter por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional que, sin quitar su naturaleza privada, asume su contenido; consecuentemente, las resoluciones de un árbitro carecen de imperio, dado que sus laudos son actos privados al provenir de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido, a la materia lógica del laudo la materia jurisdiccional de una sentencia, de ahí que resulte manifiesto que la función jurisdiccional compete al Estado y sólo puede ser conferida a los órganos de éste; en tales condiciones, si, por una parte existe la tramitación de un juicio ejecutivo mercantil y, por la otra, un procedimiento arbitral, no puede hacerse valer en el juicio ejecutivo la excepción de litispendencia, dado que ésta procede sólo cuando un Juez

³² Amparo en revisión 237/2004, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Novena Época Instancia, Enero de 2005, Tesis 1a. CLXXVI/2004, pg. 411.

conoce ya del mismo negocio, supuesto que no se actualiza en la especie, porque el árbitro no es Juez ni autoridad judicial pues, como se ha dejado anotado, no es funcionario del Estado, y las facultades que ejerce derivan de la voluntad de las partes.³³

De nuevo, se trata de otro desarrollo plausible. Es de esperarse que sea seguido por otros tribunales.

C. AMPARO

1. Introducción

Mucho puede decirse en relación con el amparo y el arbitraje. Me limitaré a tres cuestiones con respecto a la experiencia mexicana: la improcedencia del amparo en contra de los actos de los árbitros (§2); la procedencia del amparo en contra de los actos de los jueces que ejecutan las resoluciones de los árbitros (§3); y el tipo de amparo (§4).

La procedencia del Juicio de Amparo en contra de laudos arbitrales o actos de árbitros es un tema que ha distraído a algunos.³⁴ Afortunadamente, existen precedentes judiciales que sirven para aclarar la confusión: si bien los actos de los *jueces* que ejecutan el laudo arbitral pueden ser recurridos mediante el juicio de amparo, no así los de los *árbitros*.

2 Precedentes judiciales correctos

La tendencia práctica y judicial es clara en el sentido de que la figura del árbitro no es de una autoridad, más bien tienen naturaleza privada y contractual.³⁵

³³ Cuarto Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Segundo Circuito, Amparo en revisión 255/2005, Duroplast Ramos Arizpe, S.A. de C.V., 17 de enero de 2006, Unanimidad de votos, Tesis II.4º.C.25C, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Marzo de 2006, pg. 2038.

³⁴ La distracción tiene tres niveles. Primero, quienes consideraban que el árbitro es una 'autoridad responsable' para efectos del Juicio de Amparo. Segundo, quienes consideraban que para que ello pudiera suceder sus actos tenían que ser 'acto de autoridad' — lo cual no era el caso. Y tercero: quienes hacían ver que, aunque bajo la noción ortodoxa de 'autoridad responsable' es claro que el amparo era improcedente, bajo la (estirada) noción judicial era posible que ello fuera el caso. No agotaré el tema. Para hacerlo, confiere el capítulo VIII de ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, ob. cit., pgs. 73 et seq.

³⁵ La siguiente ejecutoria es particularmente atinada (misma que editaré dada su extensión): "ARBITRAJE. El arbitraje es una convención. ... Ese contrato ... llamado de compromiso, y en virtud de él, las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más

Los precedentes citados no pueden ser más acertados. La naturaleza del laudo es de un acto privado. Es la opinión que un particular —al que las partes han confiado la resolución de una diferencia dadas sus características personales (morales e intelectuales)— tiene sobre a quién asiste el derecho en una determinada controversia. Al tratarse de un acto de un gobernado, no existe el prerrequisito elemental para estar en presencia de una autoridad. Existe jurisprudencia al respecto.³⁶

3. Tipo de Amparo

La definición de qué tipo de amparo (directo³⁷ o indirecto³⁸) procede en contra de la decisión final que decide sobre la nulidad (o no) de un laudo u ordena su ejecución ha invitado problemas.

La trayectoria judicial sobre este tema inició con un error:³⁹ la Suprema Corte sostuvo que era indirecto.⁴⁰ Posteriormente, un Tribunal Colegiado de

particulares; ...el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. ... El árbitro carece de imperio, ... no puede examinar coactivamente testigos ... sus laudos son actos privados, puesto que provienen de particulares ... las partes cuando comprometen en árbitros sus cuestiones, puesto que entonces persiguen fines exclusivamente privados; de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas y el laudo es juicio privado ... los árbitros no ejercen autoridad pública; por tanto, desde el punto de vista de nuestra legislación, los laudos arbitrales son actos privados que por sí mismos no constituyen una sentencia ...". (Semana Judicial de la Federación, Quinta Época, Tercera Sala, Tomo XXXVIII, pg. 800).

³⁶ Dicha jurisprudencia sostiene que: "ACTOS DE PARTICULARES. IMPROCEDENCIA. No pueden ser objeto de juicio de garantías, los actos de particulares, ya que éste se ha instituido para combatir los de las autoridades, que se estimen violatorios de la Constitución." (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo VI, Materia Común, pg. 12, que corresponde a la tesis contenida en el Tomo CXVIII, Materia General, Apéndice 1975, y la Tesis 14 del Apéndice 1985.)

³⁷ Artículo 158 de la Ley de Amparo.

³⁸ Artículos 37 y 114 de la Ley de Amparo.

³⁹ LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO. Cuando se reclama en juicio de garantías un laudo arbitral homologado a los acuerdos tendientes a declararlo, así como los actos de ejecución con relación al mismo, el procedente es el juicio de amparo indirecto ante los Jueces Federales, atento lo que al respecto dispone el artículo 114, fracción III, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, ya que por la complejidad de los

Circuito hizo ver que el correcto era el indirecto.⁴¹ Recientemente, Suprema Corte de Justicia de la Nación, por una escasa mayoría,⁴² determinó que el tipo de amparo que procedía en dicho tipo de casos era el amparo indirecto. El voto de la minoría resume lo que hubiera sido mejor derecho:

Desde mi perspectiva, el acto reclamado en la demanda de garantías que dio origen a esta instancia constituye sentencia definitiva para efectos del juicio de amparo, pues aunque en el artículo 1460 del Código de Comercio se le denomine “incidente” y se establezca que se tramitará en forma incidental conforme a lo dispuesto en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, lo cierto, en mi opinión, es que tal procedimiento, desde el punto de vista material, tiene la naturaleza de juicio y no de una incidencia, de manera que lo dispuesto en el Código de Comercio se refiere sólo a la forma procesal, pero no a la naturaleza substancial del procedimiento de que se trata.⁴³

...

En mi opinión, todo lo expuesto patentiza que el procedimiento de nulidad del laudo arbitral, materialmente es un auténtico juicio; consecuentemente, la resolución que lo decide en el fondo es una sentencia definitiva para efectos del juicio de amparo y por ende, es impugnable a través de dicha instancia constitucional en la vía directa.⁴⁴

Otro Ministro minoritario (José Ramón Cossío), con su habitual tino, dijo:⁴⁵

lo que debe resolver esta Suprema Corte de Justicia ... es si la resolución que pone fin a un incidente de nulidad de laudo arbitral tiene o no el carácter de sentencia definitiva para efectos del amparo;

mismos actos que se impugnan no se está en el caso de la sola sentencia definitiva que constituye el laudo arbitral homologado, para reclamarlo en amparo directo, conforme al señalamiento del artículo 158 del mismo cuerpo legal. (Tesis Jurisprudencial 32/93, Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de noviembre de 1993. Contradicción de tesis 21/93, sustentadas por los Tribunales Tercero y Segundo Colegiados, por una parte, y el Quinto Tribunal Colegiado, todos en materia Civil del Primer Circuito.)

⁴⁰ Amparo directo en revisión 1225/2006.

⁴¹ Incidente de nulidad número 645/2004.

⁴² Cinco contra cuatro.

⁴³ Genaro Góngora Pimentel, Transcripción de la versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 30 de enero de 2007. Amparo Directo 1225/2006, pgs. 19 - 20.

⁴⁴ Id., pg. 23.

⁴⁵ Versión estenográfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 30 de enero de 2007, amparo directo en revisión 1225/2006.

En mi opinión ... lo que procede es el amparo directo, y no el indirecto ... la resolución que pone fin a un incidente de nulidad del laudo arbitral sí constituye una sentencia definitiva para efectos del amparo; ...

Asentada dicha 'tormenta procesal' el resultado es que es el amparo *indirecto* el procedente. Por si el embrollo procesal no fuera suficiente, un caso reciente desplegó el uso del amparo *directo*.

D. DEMANDAS CONTRA ÁRBITROS

Aunque aún excepcional, es crecientemente visto que la parte que no prevalece en el arbitraje demanda a los árbitros. Han existido casos en los que se demanda a todos (incluyendo secretarios administrativos) y se exime al árbitro designado por la parte demandante. Además de ser incorrecto en lo técnico,⁴⁶ invita dudas sobre la imparcialidad de dicho árbitro.

La respuesta judicial está por verse. Sin embargo, un tema relacionado con ello ha sido expresamente abordado, más no conclusivamente: si bien en estado incipiente, existen precedentes judiciales que establecen que el árbitro carece de interés jurídico para atacar la decisión que anula un laudo:⁴⁷

ÁRBITROS. CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR EN EL JUICIO DE AMPARO LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL POR NO CAUSAR DIRECTAMENTE PERJUICIO ALGUNO EN SU PATRIMONIO O PERSONA. Para que proceda la acción de amparo es indispensable que quien la promueva acredite fehacientemente ante el juzgador federal que la actuación de la autoridad responsable le causa directamente perjuicios en su persona, derechos, bienes o posesiones, para que ipso facto se analice la posible violación de garantías, situación que no acontece cuando los quejosos son los integrantes de un tribunal arbitral porque si lo que se reclama es el laudo emitido por éstos y se declara su nulidad los efectos del acto reclamado, en sí mismos, no producen afectación a algún derecho real o material en contra de los integrantes del tribunal arbitral, susceptible de apreciarse en forma objetiva para que se pueda constituir un perjuicio que les agravie de manera directa y personal, como sí sería que en la propia resolución reclamada el Juez responsable, al declarar la nulidad del laudo que emitieron, les haya impuesto una sanción pecuniaria o hubiese determinado que no tenían derecho al cobro de honorarios. En otras palabras, si de la resolución que constituye el acto reclamado, no se advierte que los árbitros quejosos resienten directamente un perjuicio en su patrimonio o persona, teniendo en cuenta que éste debe acreditarse en

⁴⁶ Después de todo, el laudo es producto de un órgano *colegiado*. El sentido del mismo es la intención de la mayoría, y dicha intención incluye y vincula a los ausentes y a los disidentes.

⁴⁷ Amparo en revisión 390/2003, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

forma fehaciente y no inferirse a base de presunciones, no se actualiza la existencia de una afectación a su interés jurídico que haga procedente el juicio de amparo; de ahí surge la actualización de la causa de improcedencia prevista en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo.

La rectitud de este criterio es objeto de diferencias de opinión.⁴⁸

E. ÓRDENES ANTI-ARBITRAJE

Una duda frecuentemente observada es si México se ha contagiado de la enfermedad de las *anti-suit injunctions*.⁴⁹ 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-reclamación;⁵⁰ y (b) el derecho arbitral no solo no lo contempla, sino que no lo permite.⁵¹

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.⁵² Lo que es más, existe una corriente de opinión

⁴⁸ A favor está Carlos Loperena (En busca de la Teoría Constitucional (a la luz de las Resoluciones del Poder Judicial Federal), Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, Julio 2005, pg. 14) y Francisco González de Cossío (ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, ob. cit., pg. 111). En contra está José María Abascal Zamora y Cecilia Flores Rueda (¿LOS ÁRBITROS CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR, MEDIANTE JUICIO DE AMPARO, LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA NULIDAD DEL LAUDO? En busca de la Teoría Constitucional (a la luz de las Resoluciones del Poder Judicial Federal), Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, Julio 2005, pg. 1).

⁴⁹ Como el lector sabe, es una orden de un juez que prohíbe a una parte que inicie o continúe procedimientos legales en otro foro. Las órdenes anti-reclamación pueden involucrar a procedimientos arbitrales. El resto de este análisis partirá de dicha premisa y las llamaré ‘órdenes anti-arbitraje’.

⁵⁰ Estas medidas son instrumentos procesales de jurisdicciones de *common law* (no civilistas) que tienen por objeto proteger la competencia del juzgador que ya conoce de un asunto. Si bien dentro de la judicatura existe una medida similar (inhibitoria (artículo 1114 del Código de Comercio)), ello obviamente no aplica en materia de arbitraje.

⁵¹ Artículo 1421 del Código de Comercio.

⁵² El argumento de esta postura es desarrollado en ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, ob. cit, pgs. 125 et seq.

que considera que un tribunal arbitral no estaría vinculado por dichas medidas, que tiene no sólo la facultad de ignorarlas⁵³ —isino la obligación!⁵⁴

V. COMENTARIO FINAL: MÉXICO COMO UN JARDÍN VERDE Y FRONDOSO, SI BIEN PODABLE

Visto desde Río de Janeiro, la flora arbitral mexicana dista de ser exótica. Si bien ciertos árboles judiciales merecen ser podados, y algunas hierbas extirpadas de raíz, en términos generales, la botánica arbitral mexicana es digna de ser emulada.

⁵³ Este tema ha motivado debates interesantes. Es un tema abierto y existen precedentes internacionales que apoyan ambas posturas.

⁵⁴ El fundamento es el deber de los árbitros de cumplir con su misión, y en forma expedita.