

JURÍDICA

anuario

del departamento

de derecho

de la universidad

iberoamericana

número **36**

EL PRINCIPIO COMPÉTENCE-COMPÉTENCE, REVISITADO

Francisco González de Cossío*

I. Introducción

Por razones aún por determinar, y que rayan en lo misterioso, los cambios de paradigmas tienden a ocurrir en forma simultánea y en más de un foro.¹ Los ejemplos históricos abundan, y la ciencia del derecho no es una excepción. El derecho arbitral nos está dando aun otro ejemplo.

En la actualidad se pone a prueba y se redefine una de las instituciones más añejas e importantes del derecho arbitral: el principio *Compétence-Compétence*.

Este texto comenta dicho desarrollo, para lo cual se tratarán los objetivos del principio (§II) para luego resumir los casos que lo han revisitado (§III), procediendo a realizar un comentario sobre la postura adoptada (§IV), y la que considero que es mejor derecho (§V), para concluir con observaciones finales (§VI).

II. *Leitmotif* del principio de *compétence-compétence* y el de autonomía del acuerdo arbitral

El principio *Compétence-Compétence* y el de autonomía del acuerdo arbitral son las dos instituciones más típicas del derecho arbitral. Para entenderse deben estudiarse en forma conjunta; aunque tienen un mismo punto de partida, buscan evitar dos peligros distintos.

El punto de partida es uno: el deseo de dar efectos al pacto de las partes de recurrir al arbitraje, en lugar de al litigio tradicional. Para aquilatar su impacto imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de *Compétence*. Si una controversia surgiera entre las partes, derivada de un contrato con un acuerdo arbitral, y una de estas partes cuestionara el alcance de la jurisdicción del árbitro, tendría que recurrirse a un juez estatal para que decida si el universo de controversias que se someten cae dentro

* González de Cossío Abogados, S.C. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico de la Universidad Iberoamericana (U.I.A.)

¹ La (fascinante) obra de Thomas S. Kuhn (*The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, Chicago, Third Edition, 1996) analiza el fenómeno.

de su legítima competencia. El resultado sería irónico, además de contrario al deseo de las partes: para *arbitrar* hay que *litigar*; de desear *evitar* acudir a tribunales es necesario *acudir* a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que alguna de las partes no deseara la controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, según el principio de *Competence* tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría tener efectos jurídicos —un resultado tanto lógico² como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, se propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes, pero merecería un adjetivo adicional: ridículo —se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resolviera sin efectos jurídicos, pues *ex nihilo nil fit*.

Como puede verse, ambos principios tienen un mismo punto de partida. En esencia son principios que dan efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en los tribunales.

Sin embargo, existe cierto traslape entre ambos. Es gracias al principio de autonomía que una reclamación sobre la validez del contrato o acuerdo arbitral no impactará la competencia del tribunal arbitral; y es como resultado del principio de *competence* que un árbitro puede aguijalar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.

Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. *Competence* hace que un árbitro pueda analizar su competencia y decidir que carece de la misma en forma jurídica y lógicamente congruente; y la autonomía permite determinar que el contrato es defectuoso sin desestabilizar los cimientos jurídicos de la decisión (el laudo). Pero —y es aquí donde existe una sutileza que es importante notar—, si bien *autonomía* permite resistir una reclamación de que el acuerdo arbitral es inválido dado que el contrato es nulo, sin *competence* dicho principio solo no permitiría que un árbitro proceda con el arbitraje cuando la reclamación versa sobre el acuerdo arbitral. Dicho resultado es propiciado por *competence*.

Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar la estructura jurídica que permitirá darle efectos al pacto arbitral.³ Se trata de instancias de ingeniería jurídica utilizada de forma inteligente para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró.

III. Los casos

Las judicaturas de dos jurisdicciones han revisado y deslindado el alcance del principio de *Competence*. A continuación se resumián.

El principio *competence-competence*, revisado

4. México

En fechas recientes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una contradicción de criterios entre dos Tribunales Colegiados de Circuito que versa sobre la misma polémica. A continuación se comentarán los criterios para luego tratar la postura adoptada por la Corte.

1. Los (Contradictorios) Criterios de Colegiados

Mientras que el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (Sexto RCC) sostenía⁴ que la validez del acuerdo arbitral es decisión del tribunal arbitral, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (Décimo RCC) postulaba lo contrario: dicha facultad le corresponde al juez.⁵

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

El primer caso (que dio lugar al amparo en revisión 3836/2004) comenzó por una demanda por la vía ordinaria mercantil enderezada por IDG, S.A. de C.V. (IDG) en contra de ADR Security Services, S.A. de C.V. (ADR) y la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO). Los demandados opusieron una excepción de incompetencia del juez con fundamento en los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio. En respuesta,⁶ el Juzgado⁷ remitió a las partes al arbitraje. Fue la resolución que ordena la remisión el acto reclamado en amparo. El Juez de Distrito revocó dicho acto reclamado, sosteniendo que no procede la remisión cuando se demanda la nulidad del acuerdo arbitral.⁸ En revisión, el Sexto RCC revocó al Juez de Distrito al sostener que dicha facultad le corresponde al tribunal arbitral.

En el segundo caso (que dio origen al amparo en revisión 31/2005), Servicio Electrónico Digital, S.A. de C.V. (SED) demandó a ADR y a la CANACO por la vía ordinaria mercantil. El juez remitió a las partes al arbitraje. SED apeló el auto de remisión y el *z guent*⁹ revocó la remisión. La decisión de apelación fue el acto reclamado en amparo. El Juez de Distrito¹⁰ amparó y revocó el acto reclamado. En revisión, el Décimo RCC consideró que el artículo 1424 del Código de Comercio impide al juzgador remitir a las partes al arbitraje cuando se comprueba que dicho acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, pues dicha determinación le corresponde al juez de origen (no al árbitro). La contradicción se denunció.

⁴ Amparo en revisión 3836/2004

⁵ Amparo en revisión 31/2005

⁶ Para ser exactos, la incompetencia la decidió la Tercera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ordenando al *z quo* remitir a las partes al arbitraje.

⁷ Quintagésimo de lo Civil del Distrito Federal.

⁸ Bajo el razonamiento que, de reman, se decidirá implícitamente sobre la validez del acuerdo arbitral, y se someterá a las partes a la competencia de un juez particular creado por un acuerdo que una de las partes considera inválido.

⁹ Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

¹⁰ Juzgado Octavo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal.

² La "nada" no puede producir más que justamente eso: "nada".

³ Y dichos resultados no devienen del *arbitraje* arbitral sino del *derecho* arbitral aplicable (artículo 1432 del Código de Comercio). Si derivaran del *acuerdo* arbitral, se estaría ante un problema "nuevo-gallina".

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

La Suprema Corte de Justicia de la Nación 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, 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 desear 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 aun 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 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.

B. Estados Unidos

En *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al.*,¹² la Suprema Corte de Justicia sostuvo que le corresponde al tribunal arbitral, no al juez estatal, conocer de la demanda de

11 Comandancia 51/2005. Primera sala de la Corte. 11 de enero de 2006. (Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-F5 entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Decimo, 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.) 12 546 U.S. ___ (2006)

El principio *compétence-compétence*, revisitado

nulidad del acuerdo arbitral cuando ello forma parte de una acción de nulidad del contrato en su totalidad.

Existen sutilezas del razonamiento que vale la pena comentar, por lo que resumiré los antecedentes procesales para luego abordar la decisión y su razonamiento.

1. Antecedentes Procesales

Una corte de primera instancia estatal de Florida negó la remisión al arbitraje¹³ solicitada por *Buckeye*, al sostener que le corresponde a la corte, no al árbitro, resolver sobre una reclamación en el sentido de que el contrato era nulo (*null and void ab initio*). (Se argumentaba que el contrato era nulo pues el interés cobrado era tan exagerado que constituía usura.)

La Corte de Apelación estatal revocó, pero fue a su vez revocada por la Suprema Corte de Florida que razonó que la ejecución del acuerdo arbitral en un contrato que cuya ilegalidad se reclamaba violaría el orden público estatal y el derecho contractual. Sus palabras exactas fueron:

... ejecutar un acuerdo arbitral en un contrato cuya licitud se cuestiona... le daría vida a un contrato que no solo viola el orden público estatal, sino que es criminal en su naturaleza... [...] to enforce an agreement to arbitrate in a contract challenged as unlawful... could breathe life into a contract that not only violates state law, but also is criminal in nature...]¹⁴

La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos otorgó *certiorari*¹⁵ y revocó la decisión de la Suprema Corte de Florida.

2. La Decisión de la Suprema Corte de Justicia

La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos revocó la decisión de la Suprema Corte de Florida y señaló que, cuando la reclamación de nulidad versa sobre la totalidad del contrato, mas no específicamente el acuerdo arbitral, la misma debe ser ventilada por el tribunal arbitral, no la corte estatal:

... una reclamación sobre la validez del contrato en su totalidad y no específicamente a la cláusula arbitral, debe tramitarse al árbitro, no la corte. [...] a challenge to the validity of the contract as a whole, and not specifically to the arbitration clause within it, must go to the arbitrator, not the court.]

El camino para llegar al resultado indicado parece partir de un primer paso que la Corte consideró crucial. La reclamación era al contrato *en su totalidad*, no exclusivamente al acuerdo arbitral.

13 En dicha jurisdicción la remisión al arbitraje opera con la figura procesal de "motion to compel arbitration".

14 894 So. 2d 860, 862 (2005), citando *Party Zenda, Inc. v. Templicon*, 751 So. 2d 121, 123 (Fla. App. 2000). (Traducción del autor.)

15 545 U.S. ___ (2005)

Siguiendo los precedentes (también de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos) *Prima Patti*¹⁶ y *Souhland*,¹⁷ la Corte distinguió dos situaciones: (1) cuando se reclama la invalidez del acuerdo arbitral, únicamente, y (2) la reclamación de invalidez del contrato en su totalidad, ya sea porque la causal afecte a la totalidad del contrato o por que la ilegalidad de una disposición del contrato hace nulo el contrato en su totalidad. Este caso caía dentro de la hipótesis 2. Como la Corte observó:

... dado que los demandados cuestionaron la validez del Contrato, mas no específicamente sus disposiciones arbitrarias, estas disposiciones son ejecutables al margen del resto del contrato. La reclamación debe por consiguiente ser considerada por el árbitro, no la corte.
[... because respondents challenge the Agreement, but not specifically its arbitration provisions, those provisions are enforceable apart from the remainder of the contract. The challenge should therefore be considered by an arbitrator, not a court.]

La decisión se fundamentó en tres premisas. La primera es que el acuerdo arbitral es autónomo (*severable*)¹⁸ del resto del contrato.¹⁹ La segunda es que, a menos que la reclamación sea a la cláusula arbitral misma, la cuestión sobre la validez del contrato debe ser considerada en primer lugar por el árbitro. Finalmente, este caso involucró la reclamación de nulidad total del contrato (incluyendo el acuerdo arbitral).²⁰ Por ende, la Corte sostuvo que el acuerdo arbitral es ejecutable al margen del resto del contrato y la reclamación debe ser considerada por el árbitro, no la corte.

Un aspecto a notar es que no se le dedica una sola oración a lo que parece quedar entrelineas: si la reclamación es sobre el *acuerdo arbitral únicamente*, entonces ¿le corresponde a la corte—no al árbitro—conocer y resolver de ello?

C. Similitudes

Los razonamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos son congruentes—aunque inversos—: según la Corte mexicana, si lo que se demanda es la nulidad del acuerdo arbitral, no el contrato en su totalidad, tendrá que agotarse la acción ante el juez competente antes de proceder con el procedimiento arbitral. Para la Corte de Estados Unidos, es cuando se demanda la nulidad de la totalidad del contrato que le corresponde al árbitro, no a la corte, decidir sobre ello. (El enunciado inverso no fue expresamente abordado, sólo queda insinua-

16 *Prima Patti Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 400 (1967). En *Prima Patti* se sostuvo que si la reclamación de nulidad por dicho (*Prima*) tenía que ver con el contrato en su totalidad el árbitro conocía del mismo; pero si la reclamación de nulidad por dicho versaba exclusivamente sobre el acuerdo arbitral, la corte podía conocer de ello.

17 *Souhland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984). En este caso se sostuvo que la *Federal Arbitration Act* creaba un cuerpo de derecho federal sustantivo que aplicaba tanto en cortes estatales como federales.

18 En Estados Unidos la teoría de autonomía del acuerdo arbitral es conocida como "separabilidad" (*severability*).

19 El fundamento es *Prima Patti*. Y ello es una cuestión que deriva del derecho arbitral federal sustantivo ("as a matter of substantive federal arbitration law, an arbitration provision is severable from the remainder of the contract").

20 El motivo era la supuesta existencia de usura por el cobro de un interés año en operaciones de pago diferido.

do: si la acción de nulidad versa únicamente sobre el acuerdo arbitral, le corresponderá al juez competente.)

Los casos reflejan un paralelismo impresionante. No sólo son decisiones de los tribunales de más alto nivel de cada jurisdicción descansan en premisas similares, fueron emitidos con un mes de diferencia, y en ambos existió *zigzag* procesal: todos los tribunales de instancias inferiores llegaron a decisiones encontradas.

¿Qué nos dice esto sobre el derecho que se está generando?

IV. *Compétence parcial*: ¿buen derecho?

En mi opinión, el nuevo alcance del principio de *Compétence* judicialmente deslindado viola la letra y el espíritu del mismo.²¹ Veamos por qué.

A. *La letra de la ley*

El primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio establece que:

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.

El primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio dispone que:

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 (...)

Es el texto resaltado el que ha dado origen a la interpretación diversa.

En el caso de México, mientras que el Sexto TCC consideró que la facultad del árbitro bajo el 1432 prevalece sobre la facultad del juez bajo el 1424, el Décimo TCC consideró lo inverso, y la Corte lo apoyó. Mientras que el Sexto TCC considera que la determinación de validez del acuerdo arbitral es parte de la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su competencia, el Décimo TCC consideró que, al establecerse como excepción de la obligación de remitir al arbitraje el que el juez "compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible", en caso de que en el juicio de origen se demande la nulidad del acuerdo arbitral, el juez tiene la obligación de seguir un procedimiento, con todas las formalidades esenciales de procedimiento, so pena de violar el artículo 14 de la Constitución Federal, y suponer la determinación que le compete realizar, pues, de remitir al arbitraje, actuaría como si el acuerdo arbitral fuera válido.

21 En la sucesión abunde a las posturas de la siguiente manera: "Compétence Parcial", mientras que el árbitro decide sobre la validez del contrato en su totalidad, el juez decide sobre la validez del acuerdo arbitral (según fue acordada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos). "Compétence Total", el árbitro decide sobre la validez tanto del contrato en su totalidad como del acuerdo arbitral.

En el caso de Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que si la acción de nulidad es sobre el contrato en su totalidad, le compete al tribunal arbitral. El punto de partida textual es similar pues la sección 4 de la *Federal Arbitration Act* establece:

Una parte agraviada por un supuesto incumplimiento, negligencia, o negativa de otro a arbitrar bajo un acuerdo arbitral por escrito puede pedir que cualquier corte de distrito de Estados Unidos ...emita una orden para que dicho arbitraje prosiga en la forma establecida en dicho acuerdo ... [U]na vez satisfecha que la elaboración del acuerdo arbitral o el incumplimiento del mismo no está en tela de juicio, la corte emitirá una orden dirigiendo a dicha parte a proceder con el arbitraje de conformidad con los términos y condiciones del acuerdo...

[A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court ... for an order directing that such arbitration proceed in a manner provided for in such agreement ... [U]pon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement...]

En mi opinión, ambos altos tribunales han malentendido la esencia del principio de *Compétence*. Mientras que el artículo 1432 establece a quien le corresponde decidir sobre la validez del contrato y el acuerdo arbitral, el 1424 establece la excepción a la obligación de remitir al arbitraje.²² El primero es el árbitro y el segundo el juez.

Compétence Parcial revierte dicha mecánica: convierte a la excepción bajo el 1424 en regla: el juez decide sobre la validez del acuerdo arbitral, y reduce el alcance del 1432: el árbitro ya no decide sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje, solo las del contrato principal.

Como puede observarse, la *Compétence* Parcial yuxtapone excepción por regla. Revierte la mecánica originalmente contemplada del principio.

Hay quien sostiene que el resultado es correcto, ya que el 1432 es una norma de excepción pues la oración misma utiliza dicha palabra. Distinto. Al usar la palabra “excepción” lo hace en su sentido procesal, no semántico: las defensas o contra argumentos en contra de la postura del opositor.

B. El Espíritu de la ley

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.

El dueño se explica por tres motivos. En primer lugar, para que la obligación de arbitrar sea cumplida, tiene que existir un mecanismo procesal para canalizar una demanda judicial al foro arbitral. De lo contrario, dicha obligación carecería de eficacia. En se-

El principio *compétence-compétence*, revisitado

gundo, 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 acudir a tribunales (!). En tercero, no podía ser de otra manera. Establecer lo contrario implicaría que el árbitro ventilaría y cuestionaría la determinación del juez, y luego el juez (al momento de nulidad o ejecución) volvería a evaluar la determinación del árbitro. Bajo la versión por la que abogo, el árbitro decide primero, y el juez en definitiva. Punto.

La *ratio legis* 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.

Lo anterior explica porqué el árbitro tiene que decidir primero y el juez después: el juez revisará la determinación del árbitro, ya sea al momento de emisión de un laudo parcial,²³ al momento en que se busque la nulidad²⁴ o el reconocimiento y ejecución del laudo.²⁵

Podría preguntarse, ¿por qué 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 del Código de Comercio y la sección 4 de la *Federal Arbitration Act*. 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.

1. La Historia legislativa

Empecemos con la historia legislativa. El grupo de trabajo que redactó el (antecedente de la Ley Modelo²⁶ del) artículo 1424, con miras a procurar uniformidad, hizo eco expreso de lo dispuesto en la Convención de Nueva York,²⁷ misma que establece (artículo II.3):

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

²³ Tercer párrafo del artículo 432 del Código de Comercio.

²⁴ Artículo 1457(1)(a) del Código de Comercio.

²⁵ Artículo 1462(1)(a) del Código de Comercio.

²⁶ El artículo 1424 tiene como antecedente el artículo 8 de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la “Ley Modelo”).

²⁷ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958. Mecano depositó su instrumento de adhesión el 14 abril de 1971 y publicó el decreto de promulgación el 22 de junio de 1971. Estados Unidos se adhirió a la misma en 1970.

²² El verbo “remitir” (al arbitraje) en el artículo 1424 es imperativo. No da discreción, sólo obligación. El juez local debe abstenerse de conocer tanto del fondo de la controversia como de la competencia del tribunal (de cuyo género forma parte la validez del acuerdo arbitral).

Durante los debates de la Ley Modelo se sugirió incluír la palabra "manifestamente" antes de la palabra "nulo" con miras a establecer un nivel de revisión bajo por el juez que ventile el mismo.²⁸ La iniciativa no prosperó. Se consideró innecesaria pues se consensuó que tal como estaba ya reflejaba dicha intención, y hacerlo hubiera restado uniformidad. Dos influyentes comentaristas²⁹ opinan que, no obstante que no se incluyó, debe entenderse así puesto que el principio pro-ejecución/validez que permea en la Convención de Nueva York milita a favor de interpretar en forma estricta cualquier posibilidad de invalidez del acuerdo arbitral.³⁰ Otros tratadistas opinan distinto.³¹

Como puede verse, la parte resaltada del artículo II(3) de la Convención de Nueva York es idéntica al artículo 1424 del Código de Comercio.³² Y la intención es que se interpretara en forma igual, haciendo eco tanto de la *ratio legis* como de su aplicación. Por ende, ahondar sobre su significado bajo la Convención de Nueva York resulta conveniente.

2. La Convención de Nueva York

Los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York no reflejan mucha discusión sobre lo que se quiso decir por "nulo, ineficaz o inaplicable".

Uno de los expertos más reconocidos sobre la Convención de Nueva York explica que la intención fue dejar claro que el juez carece de competencia para ventilar el fondo, y sólo tendrá cierta jurisdicción "parcial" o "subsidiaria" para cuestiones relacionadas con el acuerdo arbitral, como lo son medidas precautorias.³³ En relación con la determinación de validez, sólo deberá ejercerse dicha excepción en casos *extremos* en los que *claramente* no exista un acuerdo arbitral, o el mismo era *ostensiblemente* ineficaz.³⁴

Otra obra interesante que toca el tema anuncia los casos en los que un tribunal estatal puede retener jurisdicción, pero no abunda sobre el nivel de revisión que debe seguir un juez al momento de determinar si el acuerdo es "nulo, ineficaz o inaplicable".³⁵

28 Reporte del Tercer Grupo de Trabajo (A/CN.9/233), párrafo 77, p. 315.

29 Howard M. Holtzman, y Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1994, p. 363.

30 En sentido similar Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Hague, 1981, p. 155 (en lo sucesivo citada como "The New York Convention"). A su vez, Albert Jan van den Berg, *The New York Convention: Summary of Court Decisions on The New York Convention of 1958*, ASA Special Series No. 9, A Collection of Reports and Materials delivered at the Conference held in Zurich on 2 February 1996, Association Suisse de l'arbitrage, agosto 1996, p. 22.

31 Julian Lew opina que la negatura a incluir la palabra "manifestamente" tiene por efecto el que un juez estatal pueda realizar una revisión más profunda (más que *prima facie*). (Julian D. M. Lew, Loukas A. Masielis y Stefan M. Knoll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, para. 14-61, p. 349.)

32 Existe una ligera diferencia textual, mas no conceptual. El artículo 1424 del Código de Comercio habla de "nulo, ineficaz o de ejecución imposible", mientras que la Convención de Nueva York habla de "nulo, ineficaz o inaplicable". Los términos "ejecución imposible" del Código de Comercio e "inaplicable" de la Convención de Nueva York tienen el mismo significado jurídico. (González de Cossío, *Arbitraje*, Ed. Porrúa 2004, pp. 91-97.)

33 Van den Berg, *The New York Convention*, p. 168.

34 Van den Berg, *The New York Convention*, pp. 154 a 161.

35 Domenico Di Pietro y Martin Parra, *Enforcement of International Arbitration Awards*, The New York Convention of 1958, Cameron May, 2001, pp. 113 a 122.

No obstante el poco análisis al respecto, el objetivo parece haberse logrado. La mayoría de las cortes que han aplicado el artículo III(3) de la Convención de Nueva York han, la mayoría de las veces, simplemente remitido al arbitraje.³⁶ Sin embargo, el nivel de revisión de la determinación de "nulidad, ineficacia o inaplicabilidad" es un tema abierto, por lo que analizar la forma en que diferentes jurisdicciones lo han interpretado y aplicado resulta conveniente.

3. La Experiencia Extranjera

La experiencia extranjera está dividida. Mientras que algunas jurisdicciones establecen que el juez nacional realizará una determinación en base a un nivel de revisión limitado (§a), otras permiten una revisión más profunda (§b), mientras que otras establecen un sistema mixto (§c), y aun otras contemplan acciones de pronunciamiento previo por el juez local (§d).

a) Nivel de revisión limitado

En Francia, el artículo 1458 del *Code de Procédure Civile* establece que el juez debe declararse incompetente a menos que el acuerdo arbitral sea "manifestamente nulo". La interpretación que la Corte de Casación ha dado es estricta. El juez debe realizar una revisión preliminar (*prima facie*) de la existencia del acuerdo arbitral.³⁷ Lo mismo ocurre con Canadá³⁸ (que adoptó la Ley Modelo) y Hong Kong.³⁹

Debe admitirse que algunas jurisdicciones contemplan un texto similar a los artículos 1424 del Código de Comercio y II(3) de la Convención de Nueva York, pero el nivel de revisión está por definirse, aunque el peso de la opinión parece ser que debe ser limitado. Tales son los casos de Bélgica⁴⁰ y Países Bajos.⁴¹

36 Jan Paulsson, *The New York Convention in Practice - Problems of Assimilation*, ASA Special Series No. 9, A Collection of Reports and Materials delivered at the Conference held in Zurich on 2 February 1996, Association Suisse de l'arbitrage, agosto 1996, pp. 103-104.

37 *Coprodage v. Dame Rahin*, Corte de Casación francesa, 10 de mayo de 1995, *Revue de l'arbitrage* 617, 1995; y *Renault v. Y 2000* (antes Lagard France), Corte de Casación francesa, 21 de mayo de 1997, *Revue de l'arbitrage* 537, 1997; y *American Bureau of Shipping*, Corte de Casación francesa, 26 de junio de 2001.

38 *Rita Algom v. Somali Steel*, Ontario Court of Justice, 1 de marzo de 1991, XVII YBCA, 166 (1993); *ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GmbH and others*, 7 de mayo de 1996, 6 ARBIT 37 (1997).

39 *Pacific International Lines (PIL) Ltd v. Tashkent Metals and Minerals Co. Ltd*, Suprema Corte de Justicia de Hong Kong, 30 de julio de 1992, XVII YBCA 180 (1993).

40 Artículo 1679, párrafo 1, del Código Judicial, que dice: "Un juez ante quien se someta una controversia cubierta por un acuerdo arbitral deberá declinar su jurisdicción a solicitud de una de las partes, excepto cuando el acuerdo arbitral sea nulo o haya expirado con respecto a la controversia en cuestión" (Mi traducción del texto: "A judge seized of a dispute which is covered by an arbitration agreement shall decline jurisdiction at the request of one of the parties, except where, with regard to the dispute in question, the arbitration agreement is invalid or has lapsed").

41 Artículo 1022(I) del Código de Procedimiento Civil, que dice: "una corte ante la cual se haya sometido una controversia con respecto a la cual exista un acuerdo arbitral declarará que carece de jurisdicción si una de las partes invoca la existencia de dicho acuerdo arbitral antes de someter su defensa, a menos que el acuerdo sea inválido" (Traducción del autor: El texto original en inglés es: "[a] court seized of a dispute in respect of which an arbitration agreement has been concluded shall declare that it has no jurisdiction if a party invokes the existence of the said agreement before submitting a defence, unless the agreement is invalid").

b) Nivel de revisión profundo

Algunos autores consideran que un nivel de revisión que diste de ser limitado es posible en el contexto de la determinación de la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral.⁴² Algunas jurisdicciones han seguido dicho camino. Por ejemplo Estados Unidos, en donde en ciertos casos se ha interpretado el artículo 11(3) de la Convención de Nueva York en el sentido de permitir una revisión total de la validez del acuerdo arbitral,⁴³ y en otros se ha decidido que la determinación de a quién corresponde la decisión de arbitrabilidad privada (es decir, cuando se controvierte el que las partes hayan acordado arbitrar) le corresponde al juez, a menos que las partes hayan expresamente dado dicha facultad al árbitro.⁴⁴

Buckeye parece dejar dicha posibilidad abierta. Como se advirtió, al sostener que le competirá al árbitro decidir sobre la validez en caso de que la demanda verse sobre la *totalidad* del contrato, la implicación que parece quedar entre líneas es que, de demandarse sólo la nulidad del acuerdo arbitral, ello tendría que resolverse por una corte. La decisión deja el tema abierto, aunque la interpretación a *contrario sensu* parece defendible.

c) Nivel de revisión mixto

En Suiza, la respuesta ha sido interesante. Existe una dicotomía: cuando la sede es Suiza, se realizará una revisión *prima facie*; cuando no lo sea, el juez suizo debe hacer una *revisión total*. El motivo de la diferencia radica en que, mientras que una revisión de la jurisdicción del árbitro es posible en el laudo final, ello no es posible cuando la sede no es Suiza.⁴⁵

d) Acciones de previo pronunciamiento judicial sobre la jurisdicción del tribunal arbitral

Ciertas jurisdicciones contemplan la posibilidad de entablar una acción especial para que el juez realice una determinación preliminar sobre la jurisdicción del árbitro. Éste es el caso de Estados Unidos,⁴⁶ Inglaterra⁴⁷ y Alemania.⁴⁸

42 Lew et al., p. 347.

43 Sandvik AB v. Advent International Corp., XXVI YBCA 961 (2001), p. 968.

44 *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan* (514 U.S. 938), Suprema Corte de Estados Unidos, 1985.

45 *Compagnie de Navigation et de Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal Federal, 16 de enero de 1995, 121 III ATR/BCE 38. *Fondation M v. Banque X*, 29 de abril de 1996, ATR, 122 III 139. En *Fomento de Construcciones y Contratos SA v. Colon Container Terminal SA*, IAC, A/R N-28 (2001) la corte concluyó que no existe sustento para alegar que el tribunal arbitral debe tener prioridad en decidir su jurisdicción.

46 Secciones 4, 206 y 303 de la Federal Arbitration Act. *Ver Prima Saint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* (388 US 395, 1967), y *Sedco Inc. v. Petrolbras Mexicanas Nat'l Oil Corp.* (767 F.2d 1140, 1145 (3^{er} Cir. 1985)).

47 Sección 32 de la 1996 *Arbitration Act* que establece una facultad limitada del juez para revisar la jurisdicción del árbitro, permitiendo un previo y especial pronunciamiento sobre el tema.

48 Sección 103(3) del 2^o Oberlandesgericht Harnm (10 de febrero de 1999), RPS 2/1999, Supplement 11. *Bentzenstrater* 38/1999. En Alemania se favorece la revisión limitada a menos que lo que se demande es la determinación por el juez que el tribunal arbitral es competente, en cuyo caso la revisión deja de ser limitada.

El principio *compétence-compétence*, revisado

Dicha posibilidad es expresamente rechazada en la Ley Modelo, en donde la revisión sólo puede hacerse del laudo, sea parcial (sobre jurisdicción)⁴⁹ o final (al momento de ventilar la nulidad o el reconocimiento y ejecución).⁵⁰

4. La Doctrina

En su origen, el principio *Kompetenz-Kompetenz* significó que el tribunal arbitral era el *único* juez de su competencia (la escuela alemana).⁵¹ Luego se matizó: el árbitro es el *primer* juez de su competencia, sujeto a la determinación *final* que haga el juez competente (la escuela francesa).⁵²

La escuela francesa se considera el paradigma en vigor, mismo que parece estarse reacomodando en México y Estados Unidos.

Dicha teoría no resolvía una interrogante: el *momento* en que el juez debe realizar dicha determinación: ¿antes, durante o después del procedimiento arbitral? La Ley Modelo⁵³ da respuesta a dicha interrogante proveyendo que es el árbitro a quien le corresponde resolver primero, sujeto a la revisión final del juez competente.⁵⁴

Dicha solución es elocuentemente explicada por uno de los decanos del arbitraje: Gerold Herrmann. En su (frecuentemente citado) estudio *The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts*,⁵⁵ Herrmann explicaba el juego entre el juez y el árbitro con la descripción de lo que, en mi opinión equivocadamente⁵⁶ se ha conocido en castellano como la "Teoría de los Disparos". Dicha teoría postula que la primera determinación sobre la validez del acuerdo arbitral (el "primer tiro") le corresponde al árbitro, mientras que el segundo (y final) le corresponde al juez competente.

Comentaristas importantes explican dicha interrelación como una "carrera de relevos"⁵⁷ en la que el juez y el árbitro tienen tiempos distintos. Primero, la esleta está en manos del juez, quien debe pasarla al tribunal arbitral mediante la remisión al arbitraje, y

49 Artículo 16 de la Ley Modelo.

50 Artículos 34 y 36 de la Ley Modelo.

51 Curiosamente, aunque ese fue el significado que se le impuso a la doctrina alemana, en verdad nunca lo tuvo. Ni antes de la reforma del 22 de diciembre de 1997, ni después. El artículo 1032(1) y (2) del 2^o permite a las partes solicitar de las cortes estatales una determinación sobre el arbitraje *debe* proseguir.

52 Así, ha sido desde la decisión de la Corte de Casación francesa *Conlitz-Therberg v. Conlitz-Hornori* del 22 de febrero de 1949.

53 Que está reflejada en los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.

54 Dicha "solución intermedia" ha sido aplaudida en muchos foros pues tiene la ventaja de permitir una revisión judicial de la jurisdicción del árbitro sin premiar tácticas dilatorias.

55 ICCA Bahrain Arbitration Conference, 1993, Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 48.

56 No deseo parecer iconoclasta, pero el motivo por el que considero que hay un ligero error obedece a que dicha teoría en inglés postula que el árbitro tiene el "First Shot" para conocer sobre la validez del acuerdo arbitral, y el "Second Shot" le corresponde al juez. El contexto en el que se utiliza "shot" me hace pensar que el maestro Herrmann más bien se refería a "oportunidad", no "balazo" (en inglés coloquial un "shot" es una oportunidad). Como puede observarse, aunque fueran mal entendido, el mensaje y por tanto inculcado.

57 Lord Mustill, *Comments and Conclusions, on Conservatory & Provisional Measures in International Arbitration*, 9th Joint Colloquium, ICC Publications 1993. Dicha postura es citada con aprobación por Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, third edition, p. 343j.

a quien le corresponde resolver sobre el fondo mediante la emisión del laudo. Una vez que ello tenga lugar, la esafetia pasa de nuevo al juez para ventilar la nulidad, reconocimiento y ejecución del laudo.

Otro practicante (Goldman)⁵⁵ califica la relación entre el juez estatal y tribunal arbitral como una “asociación” de conformidad con la cual a cada parte le corresponden obligaciones distintas.

Como puede observarse, si bien las metáforas varían, el contenido de la norma es generalmente aceptado: el árbitro decide *primero*; el juez decide *en definitiva*.

V. Competence total: ¿mejor derecho?

La competencia del árbitro debe abarcar la decisión tanto la validez del contrato como la del acuerdo arbitral. Ello es mejor derecho. A continuación se explicará porqué (§a), para luego comentar los argumentos que apoyan la teoría de Competence Parcial (§b), el (verdadero) impacto de Competence Parcial (§c) y finalizar con unas sugerencias que eviten que la adopción del mismo resulte en efectos negativos (§d).

A. Competence Total es mejor derecho

Competence Total (la competencia del árbitro debe abarcar tanto la validez del contrato como la del acuerdo arbitral) es mejor derecho: es más eficiente y evita chicanas. Además, es más consistente con la voluntad de las partes.

Es más eficiente pues evita duplicidad. La solución de la controversia se fija en un solo foro: el arbitral. El árbitro estará en vías de conocer los demás aspectos de la controversia, por lo que estará informado sobre todos los aspectos de la misma.

Evita chicanas pues el razonamiento seguido por los casos descritos invita que la parte que desea obstaculizar un asunto demande la nulidad del acuerdo arbitral en forma paralela al procedimiento arbitral. Y bajo el estado actual del derecho posiblemente tenga que suspenderse el procedimiento arbitral hasta la resolución de la demanda de nulidad del acuerdo arbitral.

Pero el llamado más energético a favor de la postura de Competence Total es teleológico. Proviene de la intención de las partes. Al celebrar un acuerdo arbitral las partes desearon que *todas* sus controversias relacionadas con una relación jurídica determinada sean dirimidas en arbitraje; no mediante litigio. La interpretación de Competence Parcial limita dicho deseo. Ello queda en manifiesto si se comparan sus efectos jurídicos. Bajo Competence Total la celebración de un pacto arbitral por las partes tiene por efecto que todas sus desavenencias sean resueltas en el foro arbitral. Bajo la Teoría de Competence Parcial la celebración de un acuerdo arbitral significa que *casi* todas las controversias que puedan derivarse de una relación se ventilan ante el árbitro: todas menos la validez del acuerdo arbitral.

⁵⁵ The Complimentary Role of Judges and Arbitrators, ICC Publication No. 412, p. 259.

Competence Total significa que el árbitro decide primero, y el juez en definitiva.⁵⁹ Bajo Competence Parcial existirían cuatro⁶⁰ instancias judiciales para analizar la validez del acuerdo arbitral (sin contar recursos y amparo). Y *competence de la competence* no significará que es primero al árbitro a quien le corresponde decidir sobre su competencia, sino “es a veces al árbitro a quien le corresponde decidir primero sobre su competencia”. El efecto derogatorio del principio es evidente.

Una digresión histórica es procedente. El debate judicial que tuvo lugar en los casos descritos en la sección III repite el debate que tuvo lugar hace muchas décadas: ¿quién debe decidir la jurisdicción del tribunal arbitral? —¿el juez o el árbitro? Fue dicho debate el que dio origen al principio *Competence-Competence* y su consagración en los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.

La teoría del Competence Parcial ignora décadas de historia y experiencia arbitral, y revive un debate superado. Desconocer dicho debate y experiencia, así como sus efectos y objetivos, podría justificar calificar a dicha ignorancia de supina.

B. Argumentos de la Teoría de Competence Parcial

Una maniobra⁶¹ de la argumentación frecuentemente socorrida es la llamada por la leyica la “Falacia del Espanta Pajaros” (“Strawman Fallacy”), y consiste en exponer el argumento que se pretende atacar de una manera débil, con miras a facilitar su vencimiento ante una audiencia.⁶² Como no es mi intención incurrir en ello, expondré los argumentos que llevaron a las judicaturas a decidir privilegiar Competence Parcial, los argumentos que he escuchado a otros exponer y otros que he detectado, para luego dar mi opinión al respecto.

Es cierto que la postura por la que abogo no carece de argumentos en contra. Detectors cuatro:

1. *Eficiencia*: Podría decirse que es más eficiente que el cuestionamiento sobre la validez del acuerdo arbitral sea disipado lo antes posible. Y ello se procura con la interpretación adoptada por los dos altos tribunales. La determinación preliminar por el juez da certeza y ahorra recursos al evitar tener que litigar ante un árbitro con el riesgo que el juez eventualmente determine que carecía de competencia, lo cual generaría desperdicio.

⁵⁹ Puede revisar la conclusión a la que llegue el árbitro, pero sólo una vez que el árbitro se haya pronunciado. No antes (Artículos 1457(9)(a) y 1462(1)(e) del Código de Comercio, así como VI(1)(e) de la Convención de Nueva York.)

⁶⁰ Al momento de la remisión (artículo 1424), una vez emitido el laudo parcial jurisdiccional (Tercer párrafo del artículo 1432), al momento de la nulidad (artículo 1457(9)(a)) y al momento del reconocimiento y ejecución del laudo (artículo 1462(1)(a)).

⁶¹ Por no decir “maña”.

⁶² La implicación de la metáfora es que es más fácil vencer a un contrincante débil o falso (un espantapajaros) que a un verdadero contrincante.

2. *Argumentos textuales:* existen dos argumentos textuales que apoyan la teoría de Competence Parcial. La utilización del verbo "comprobar" en la oración "El tribunal ... remitirá a las partes al arbitraje... a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable", del artículo 1424 del Código de Comercio, necesariamente implica que el juez debe seguir un procedimiento en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, so pena de violar el artículo 14 Constitucional.
3. Otro argumento textual, que si bien no he escuchado a nadie decir, vale la pena sondear, es que si el deseo legislativo fue que un juez local se abstuviera de decidir hasta que el tribunal arbitral haya decidido sobre su competencia, ello pudo haberse establecido expresamente en el artículo 1424, como se ha hecho en otros instrumentos; por ejemplo, el artículo 7(3) de la Convención Europea de 1961. Es decir, la omisión legislativa es intencional.
4. Podría argumentarse que, no obstante que le corresponde al tribunal arbitral decidir sobre la validez del acuerdo arbitral, dado que la remisión está exceptuada a la determinación por el juez de la validez del acuerdo arbitral, debe entenderse que, en ejercicio de la facultad de remitir al arbitraje, es sólo al juez a quien le corresponde dicha determinación.

Si bien cada uno tiene cierto mérito, ninguno me parece persuasivo.

Empecemos por el argumento de eficiencia. Es cierto que evita duplicidad y desperdicio de recursos (de tiempo, monetarios y la pérdida de energía y enfoque sobre la verdadera controversia) el resolver desde un inicio el cuestionamiento sobre la validez del acuerdo arbitral. Pero, ¿por qué milita ello en contra de que lo haga el árbitro? ¿Y cómo refutar el que es más consistente con el deseo de las partes resolver sus disputas en arbitraje, no litigio?

Los argumentos textuales ofrecen un reto más interesante. Es cierto que la redacción actual presenta tanto un traslape entre las facultades del árbitro y las del juez. También es cierto que el mandato legal de "comprobar" la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de un acuerdo arbitral necesariamente implica que se siga un procedimiento so pena de violar la garantía de audiencia de la contraparte. Pero ambos argumentos quedan refutados si se adopta el nivel de revisión mínimo descrito en la sección IV(B)(3)(a) de este ensayo: tiene que tratarse de una nulidad *manifiesta*; *evidente*. De lo contrario, que lo decida el árbitro.

Debe recordarse que dicha facultad del juez fue diseñada como excepción y busca evitar la remisión al arbitraje en casos en los que es evidente que la remisión no se justifica. Piénsese por ejemplo en el caso en que existe un laudo que resuelve la disputa por la que se está (re)demandando ante el juez. Sería absurdo que se remitiera al arbitraje la solución de ello. Sólo implicaría retrasos y gastos sobre algo que es manifiesto que ha quedado resuelto. En dicho caso se estaría en la hipótesis de "ineficacia" como excepción al deber de remisión.⁶³ Otro ejemplo puede ser ilustrativo. Si la parte actora está en

El principio *competence-competence*, revisitado

105

concurso mercantil y desea cobrar un monto debido por un deudor moroso, el que el deudor solicite la remisión al arbitraje puede en sí ser una chicana: el demandante no tendría recursos para sufragar los gastos del arbitraje, lo cual quedaría en manifiesto dentro de los primeros meses del arbitraje (cuando se solicite el anticipo para gastos). En dicho caso, el juez podría—a petición de la parte demandante—no remitir por estarse en un caso de "inaplicabilidad".⁶⁴

Los ejemplos abundan, y la implicación de los mismos es que existen situaciones en las que el mecanismo arbitral no se justifica o puede (paradójicamente) utilizarse para obstaculizar el ejercicio de derechos. En dichos casos el juez cuenta con la facultad de no remitir. Pero se trata de un caso excepcional. Estrar dicha excepción para convertirla en regla (como lo hace la Teoría de Competence Parcial) es un error que obstaculiza la mecánica de la cual forma parte. Hace que la excepción devore la regla.

El cuarto argumento es interesante pues cuestiona la mecánica remisión-decisión contemplada en los artículos 1424 y 1432. Es cierto que podría interpretarse como lo hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos,⁶⁵ pero creo que no es la mejor interpretación. El motivo es doble: invita la chicana que se desea desincentivar (para activarla tan sólo sería necesario demandar la nulidad del acuerdo arbitral ante el juez) y de nuevo pierde de vista que la excepción a la remisión es justamente eso: una excepción. No otorga la facultad al juez de decidir sobre la validez del acuerdo arbitral, sólo le da la posibilidad de no remitir en ciertos casos.

Es cierto que la Teoría de Competence Parcial tiene cierto mérito. Pero ello pone en relieve el motivo por el que se inventó el principio *competence-competence*: es porque el resultado jurídico (sin *Competence*) y lógico invitaría resultados contrarios al desso de las partes al pactar un acuerdo arbitral que se inventó un principio que desvía el cause jurídico al resultado deseado. De lo contrario, *Competence* no significaría nada. Sería redundante.

El efecto combinado de *Competence* y autonomía evitan que ello suceda, como se explicó en la sección II de este estudio.

Además, retomemos por un momento el derecho generado. Competence Parcial establece una diferencia entre dos especies de reclamaciones: la acción de nulidad del contrato, y la acción de nulidad del acuerdo arbitral. ¿Por qué? ¿Qué motiva dicha diferencia de trato? ¿Qué hay en la acción de nulidad *total* del contrato que lo debe distinguir entre la acción de nulidad *parcial* (el acuerdo arbitral contenido en el mismo)? La respuesta es clara: *nada*. No hay nada que exija una diferencia de trato. Entonces, ¿por qué hacer competentes a órganos distintos? ¿Qué no *nbi eadem ratio, idem ius*? (Donde existe la misma razón debe regir la misma disposición.)

Según Competence Parcial no. En mi opinión, la diferencia de trato es artificial. No obedece a nada.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁶⁵ Y no se trata de una violación al deber de remitir al arbitraje o la violación por el juez de lo que se conoce en la doctrina como el "efecto negativo del acuerdo arbitral" (la obligación del juez de no conocer del fondo de la controversia), pues no conocera del fondo, sólo de la validez del acuerdo arbitral.

En suma, los argumentos abordados son insuficientes para reducir el radio de acción y malograr los objetivos del principio, aserrando su efecto combinado con el de autonomía: se trata de dos entelequias que buscaban dar efectos a la voluntad de las partes.

C. Impacto de Competence Parcial

En esencia, la teoría de Competence Parcial es errónea puesto que:

1. Merma el deseo de las partes de contar con un procedimiento arbitral no-judicializado.
2. Es contraria al espíritu y mecánica del artículo 1424 del Código de Comercio y III(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 *in magis valeat quam pereat* (un texto debe ser interpretado de tal forma que se le dé efecto).
4. Fractura y debilita uno de los dos pilares de efectividad del arbitraje.
5. Inventa (improvisa) aun otra instancia de revisión por el juez de la jurisdicción del árbitro. (Además de poderla revisar al final⁶⁶ y durante,⁶⁷ también lo podrá hacer al inicio.)
6. Es contraria al artículo 1421 del Código de Comercio.

Sin embargo, no hay por qué ser alarmista. Si bien desafortunada, la adopción de dicha postura no implica la muerte del arbitraje o de su eficacia. El derecho arbitral cuenta con instrumentos que reducen el impacto negativo de la decisión. Ante una solicitud de pronunciamiento judicial de la validez del acuerdo arbitral el tribunal arbitral puede continuar con el procedimiento. No está obligado a detenerlo. El segundo párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio le da dicha facultad: misma que fue diseñada expresamente para que el árbitro pueda evitar que una tática dilatoria sea exitosa. Y no se trata de una actitud insolente a la judicatura. La facultad fue cuidadosamente pensada para permitir que el árbitro, a su discreción, suspenda o prosiga. Ante dicha disyuntiva un árbitro experimentado proseguirá en caso de tratarse de una chicana, y suspenderá cuando la solicitud tenga cierto mérito.⁶⁸

Como puede verse, se trata de una facultad cuidadosamente calibrada para eficientemente abordar situaciones procesales ubicadas en polos opuestos. Lo único que se requiere es un árbitro sofisticado.

66 En el contexto de la nulidad (artículo 1457(I)(a) del Código de Comercio) y reconocimiento y ejecución (artículo 1464(I)(a) del Código de Comercio).

67 Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

68 De igual modo la solicitud, el árbitro puede suspender el procedimiento en aras de obtener un pronunciamiento judicial y evitar el desperdicio de seguir un procedimiento arbitral en base a un acuerdo arbitral posiblemente inválido. (Para abundar sobre el tema, véase González de Cosío, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, Ed. Fortia, 2006.)

D. Sugerencias para reducir el daño

Para que la (desafortunada) adopción de la teoría de Competence Parcial no se torne en una tragedia, existen ciertos pasos que pueden tomarse y que se sugieren:

1. Que los jueces que conozcan de la determinación de validez del acuerdo arbitral adopten un estándar de revisión limitado. Por ejemplo, *prima facie*.⁶⁹ De esta manera, se cumplirá tanto con el mandato de Competence Parcial, como con el objetivo que originalmente tuvo el precepto.
2. Que se realice sumariamente. Es decir, que los pasos y tiempos procesales que se sigan sean rápidos, y se resuelva desde luego: como de previo y especial pronunciamiento.
3. Que, en casos de solicitudes frívolas, temerarias o que busquen únicamente retazar o entorpecer el procedimiento arbitral, el juez sea proclive a realizar condenas en costas judiciales. De esta manera se confectionará una norma auto-equilibrante.⁷⁰

En resumen, de seguirse los pasos descritos (una aplicación *expedita* aunada a un nivel de revisión *limitado*) se corregirá el error, devolviéndole su sentido original a la norma.

Los estudiosos de la técnica jurídica encontrarán estímulo en un aspecto de las sugerencias que he propuesto: será mediante la forma de *aplicación* de la norma que se corregirá (o, más bien, subsanará) la errada *interpretación* de la misma.

VI. Comentario final

La historia es pendular: tiende a repetirse. Así lo advertía el historiador español Carlos Santayana: quien ignora la historia está condenado a revivirla.

69 Vale la pena realizar un comentario sobre lo que significa *prima facie*. Es el nivel de prueba más bajo que existe. Se distingue de otros niveles de prueba como lo son “preponderancia” (*by the preponderance of the evidence*), que es el umbral probatorio utilizado por algunas jurisdicciones en materia civil y mercantil; “sin duda razonable” (*beyond a reasonable doubt*), que es el nivel probatorio requerido en materia penal; y “cómula satisfactoria” (*conformable satisfaction*) que es el estándar en casos de doping en arbitraje deportivo (ver Francisco González de Cosío, *Arbitraje Deportivo*, Ed. Fortia, 2006, p. 61). En el nivel de prueba *prima facie*, lo único que se requiere es una prueba, aunque no sea persuasiva o contundente, o inclusive genere más dudas de las que resuelve, para hacer una determinación *preliminar*. La determinación *final* sobre el hecho controvertido la realizará el órgano competente, valorando todas las demás pruebas y analizando los argumentos jurídicos y fácticos respectivos.

70 Por norma “auto-equilibrante” deseo abudir a normas que en su diseño contemplan mecanismos que evitan el abuso del derecho que otorgan, aun sin la necesidad de llegar a su ejecución coercitiva. Se trata de un mecanismo que el análisis económico del derecho sugiere que tenga lugar para procurar normas eficaces. Pongé un ejemplo (apálanchante en el tema objeto de discusión). En caso de que los jueces impongan condenas importantes en costas a partes cuyo caso de un derecho se convierte en *otino* del mismo, se llegará a un resultado que considero sano: suponiendo sofisticación del practicante involucrado, se pensará dos veces el ejercicio de una acción, y la evitarán únicamente cuando considere que tiene cierto mérito, y no como chicana. De lo contrario, podría encarecer la controversia en detrimento de su cliente. Es decir, le hará un costo *servicio*. Los efectos accesorios son importantes, habrán menos recursos, y tendrán un aura de mayor legitimidad. (El término “auto-equilibrante” no encuentro, que yo sepa, eco en la literatura. Lo he acuñado con mis alumnos de análisis económico del derecho.)

Cuando la historia se repite de tal manera que las lecciones del pasado se pasan por alto, tiende a incurrirse en errores imperdonables por tropezarse con el obstáculo otrora superado. Jurídicamente, se genera mal derecho.

Y éste es el yerro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Repiten el debate que hace décadas tuvo lugar y se superó: es el árbitro quien debe decidir *primero* sobre su jurisdicción, sujeto a la revisión judicial *final* al momento de nulidad o ejecución, so pena de no dar efectos a la voluntad de las partes. El que la decisión derive de un cuestionamiento al contrato en su totalidad, o sólo al acuerdo arbitral, es perfectamente irrelevante.