

PROGNOSIS DE LA SALUD ARBITRAL MEXICANA

Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	EJECUCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL.....	3
A.	INTRODUCCIÓN.....	3
B.	DEBER DE REMITIR.....	3
C.	FACULTAD REGLADA.....	4
D.	REMISIÓN OPERA A PETICIÓN DE PARTE, NO DE OFICIO.....	5
E.	EXCEPCIONES.....	6
1.	Significado.....	7
2.	Mecánica de operación.....	7
a)	Los (Contradictorios) Criterios de Colegiados.....	7
b)	La Solución de la Contradicción por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	9
c)	Opinión sobre la Contradicción.....	10
i)	La letra de la ley.....	10
ii)	El Espíritu de la ley.....	12
iii)	La mecánica de ejecución del acuerdo arbitral.....	12
iv)	Los objetivos de <i>Compétence</i> y autonomía.....	17
v)	Conclusión.....	19
III.	NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.....	21
A.	INTRODUCCIÓN.....	21
B.	EL ABUSO DE LA INSTITUCIÓN.....	21
C.	RENUNCIA DE LOS RECURSOS.....	22
D.	INTER-RELACIÓN ENTRE EL JUICIO DE NULIDAD Y EL DE RECONOCIMIENTO: ¿EXAMEN <i>DE NOVO</i> O <i>RES IUDICATA</i> ?.....	23
E.	LAS CAUSALES.....	25
1.	En general.....	25
a)	Son taxativas.....	25

* González de Cossío Abogados, S.C. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico, Universidad Iberoamericana. Miembro de la Barra Mexicana de Abogados y Coordinador del Comité de Arbitraje de la misma; Presidente de la Comisión de Competencia Económica del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional; miembro activo de la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional; miembro del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte; miembro representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; miembro del *International Arbitration Institute*; miembro de la rama mexicana de la *International Law Association*; y Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo de Lausanne, Suiza (*Tribunal Arbitral du Sport*). Cualquier observación a este estudio es bienvenida a: fgcossio@gdca.com.mx

b)	Interpretación estricta	26
c)	Operan a petición de parte	26
d)	Discrecionalidad	27
2.	Causales problemáticas.....	27
a)	Orden público.....	27
i)	Lo que es 'orden público'	29
ii)	Lo que no es 'orden público'	30
b)	Arbitrabilidad.....	32
i)	<i>Leitmotiv</i> de la arbitrabilidad: interés público y confianza en el arbitraje	33
c)	Derechos de Terceros: una noción amorfa	34
d)	Falta de debido proceso.....	37
IV.	COMENTARIO FINAL	39

I. INTRODUCCIÓN

Existen dos criterios para ‘tomarle el pulso’ a una jurisdicción en relación con su ‘salud arbitral’: el primero, sondear el estado de ejecución de *acuerdos* arbitrales. El segundo, el estado de ejecución de *laudos* arbitrales.

No son los únicos, pero sí los más prácticos y socorridos.

En este ensayo haré justamente eso: le tomaré el pulso arbitral a México en base a dichos criterios, realizando una prognosis y sugerencias para mejorar la condición física arbitral mexicana.

II. EJECUCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

A. INTRODUCCIÓN

Una forma en la que la judicatura asiste al arbitraje es reconociendo y ejecutando el acuerdo arbitral.¹ Para ello es deber de los tribunales que tengan conocimiento de una controversia amparada por un acuerdo arbitral remitir a las partes al arbitraje.

El deber de remitir al arbitraje es a cargo del juez competente (§B), no es discrecional (§C), no es de oficio (§D) y está sujeto a ciertas excepciones (§E).

B. DEBER DE REMITIR

Tanto derecho arbitral mexicano² como la Convención de Nueva York³ establecen que el juez nacional a quien se le someta un litigio amparado por un acuerdo arbitral “remitirá” a las partes al arbitraje. En la práctica la forma en que ello se ha implementado es que, ante la presentación por una de las partes de una

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

² Artículo 1424 del Código de Comercio.

³ Artículo II.3.

solicitud de remisión al arbitraje de conformidad con el artículo 1424 del Código de Comercio, de estar satisfechos que se reúnen los requisitos aplicables, los jueces tienden a emitir un auto en el cual desechan la demanda que versa sobre la controversia amparada por un acuerdo arbitral y requieren a las partes que sigan un procedimiento arbitral que resuelva la misma. Al hacerlo hacen alusión al artículo 1424 del Código de Comercio diciendo que las partes son referidas al arbitraje.

C. FACULTAD REGLADA

De estar presentes los requisitos de validez y eficacia del acuerdo arbitral, el tribunal estatal no tiene discreción para suspender el procedimiento arbitral, sino que *tiene* que referir a las partes al arbitraje. Ello se deriva de una interpretación textual, teleológica y judicial de la misma.

El texto expreso de las disposiciones aplicables (el artículo II(3) de la Convención de Nueva York y el artículo 1424 del Código de Comercio) utiliza el verbo “remitir” en forma imperativa (“remitirá”) dejando clara la intención del carácter imperativo y no discrecional de la facultad de los tribunales estatales destinatarios de la misma.⁴ Los debates de la Conferencia de Nueva York dejan claro que éste fue precisamente el objetivo que sus redactores desearon lograr concibiendo el mismo como una pieza esencial de la regulación y fomentación del uso del arbitraje.⁵ A su vez, existe consenso en la interpretación y práctica judicial internacional derivada de dicho precepto: si las condiciones para la

⁴ Broches, Aron, A COMMENTARY ON THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1990, pg. 42.

⁵ Van den Berg, Albert Jan, THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958, Deventer/Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, pgs. 135 *et seq.*

remisión se reúnen, el juzgador estatal no puede dejar de referir a las partes al arbitraje en cumplimiento del acuerdo arbitral.⁶

El carácter imperativo de esta facultad debe enfatizarse. En ocasiones jueces nacionales han dejado de remitir mantenido su jurisdicción en desacato de esta obligación. Ello es un lamentable error pues desatiende el deseo de las partes de resolver su controversia solo mediante arbitraje y fuera de tribunales. Si bien dicha circunstancia es excepcional y se ha corregido en amparo, vale la pena mencionarlo para aprender de la experiencia ajena.

D. REMISIÓN OPERA A PETICIÓN DE PARTE, NO DE OFICIO

La remisión al arbitraje es *ex parte*, no es *ex officio*. La remisión al arbitraje ha sido diseñada como una opción bajo la Convención de Nueva York⁷ y el Código de Comercio:⁸ aunque las partes se obligan a someter su controversia al arbitraje mediante un acuerdo arbitral, retienen la posibilidad de (conjuntamente) no ejercer dicho derecho y someter su controversia a la jurisdicción estatal. En la medida en que el juez local no puede *motu proprio* referir a las partes al arbitraje, la no invocación por una parte del acuerdo arbitral debe ser considerada como una renuncia al derecho a arbitrar, o a la aceptación por la parte demandada de la invitación de la actora de ventilar ante un juez su diferencia.⁹

El momento de la solicitud ha generado discusiones. Originalmente, el precepto establecía que la remisión al arbitraje debía realizarse a más tardar al

⁶ Existen casos que han aplicado dicho precepto en forma distinta o que han incumplido con dicho deber. Sin embargo, no constituyen una tendencia, y son considerados errores o incumplimientos a la Convención de Nueva York.

⁷ Van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, pgs. 137-139.

⁸ Broches, COMMENTARY, pg. 42.

⁹ Holtzmann, Howard M., y Joseph E. Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Legislative History and Commentary, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1994, pg. 302.

momento de presentar la contestación a la demanda arbitral.¹⁰ Sin embargo, el texto del artículo 1424 establece que “*el juez...remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas*”. Ello constituye una variación del texto original de la Ley Modelo.¹¹ Dicha variación es lamentable. El motivo es que es una norma ineficiente que invita problemas y chicanas¹². En otro contexto he explicado porqué.¹³ En este contexto deseo sugerir que se emita jurisprudencia que corrija dicha situación estableciendo que, en forma congruente con el momento en el cual debe interponerse *ante el tribunal arbitral* la excepción de incompetencia,¹⁴ momento en que debe esgrimirse la excepción de incompetencia *ante el juez*, sea a más tardar al presentar el escrito de contestación.

E. EXCEPCIONES

De conformidad con el artículo 1424 del Código de Comercio, el juez de remisión puede dejar de remitir a las partes al arbitraje a menos que “compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. La aplicación de estas excepciones ha invitado problemas. Para explicarlos, trataré su significado y la mecánica de operación.

¹⁰ Segundo párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

¹¹ El texto en inglés de la Ley Modelo dice “*a court...shall, if a party so requests no later than when submitting its first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration...*”, lo cual se traduce: “una corte...deberá, si una parte lo solicita a más tardar al someter su primer escrito sobre el fondo de la controversia, referir a las partes al arbitraje”. Como puede verse, entre la versión en inglés de la Ley Modelo y el texto en español adoptado como derecho mexicano hay una diferencia importante.

¹² Requerir que la solicitud de remisión sea al momento de la primera contestación da más certeza jurídica. De lo contrario, como establece el 1424, podría darse que se continúe con un debate sobre el fondo de la materia ante el juez, con el costo y tiempo que ello implica, y luego, avanzado el litigio o inclusive al último momento, que una de las partes solicite la remisión al arbitraje. El desperdicio de ello y su utilidad como táctica dilatoria es evidente.

¹³ González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, pg. 148 a 150.

¹⁴ Artículo 1432 del Código de Comercio.

1. Significado

Los términos 'nulidad', 'ineficacia' e 'imposibilidad de ejecución' de un acuerdo arbitral tienen una connotación especial. En términos generales por 'nulidad' se entiende que el acuerdo arbitral estaba viciado de origen. 'Ineficacia' significa que, habiendo nacido válido, ha dejado de tener efectos jurídicos por razones jurídicas posteriores. 'Ejecución imposible' implica que, por razones fácticas, no jurídicas, se torna imposible cumplir con la obligación adquirida por el acuerdo arbitral.¹⁵

2. Mecánica de operación

La forma en que el ejercicio de la facultad por el juez debe operar ha sido objeto de diferencias de opinión. El motivo obedece a que parece existir una contradicción entre la excepción a la facultad de remisión al arbitraje (que corresponde al juez), y la facultad de decidir sobre la validez del acuerdo arbitral (que corresponde al árbitro).¹⁶ A continuación se comentará la contradicción y la respuesta que al respecto dio la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la "Corte").

a) *Los (Contradictorios) Criterios de Colegiados*

Mientras que el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ("Sexto TCC") sostenía¹⁷ que la validez del acuerdo arbitral es decisión del tribunal arbitral, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer

¹⁵ Para abundar sobre esto puede consultarse González de Cossío, Francisco ARBITRAJE, pgs. 91 a 97.

¹⁶ Como se establece en el primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio, que dice "El **tribunal arbitral estará facultado para decidir** sobre su propia competencia, incluso **sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.** (...)"

¹⁷ Amparo en revisión 3836/2004.

Circuito (“Décimo TCC”) postulaba lo contrario: dicha facultad le corresponde al juez.¹⁸

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).

El primer caso (que dio lugar al amparo en revisión 3836/2004) comenzó por una demanda por la vía ordinaria mercantil enderezada por L.D.C., S.A. de C.V. (“LDC”) en contra de ADT Security Services, S.A. de C.V. (“ADT”) 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,¹⁹ el Juzgado²⁰ 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.²¹ En revisión, el Sexto TCC revocó al Juez de Distrito sosteniendo 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 ADT 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 *a quem*²² revocó la remisión. La sentencia

¹⁸ Amparo en revisión 31/2005.

¹⁹ Para ser exactos, la incompetencia la decidió la Tercera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ordenando al *a quo* remitir a las partes al arbitraje.

²⁰ Quincuagésimo de lo Civil del Distrito Federal.

²¹ Bajo el razonamiento que, de remitir, se decidiría implícitamente sobre la validez del acuerdo arbitral, y se sometería a las partes a la competencia de un juez particular creado por un acuerdo que una de las partes considera inválido.

²² Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

derivada de la apelación fue el acto reclamado en amparo. El Juez de Distrito²³ amparó y revocó el acto reclamado. En revisión, el Décimo TCC consideró que el artículo 1424 del Código de Comercio impide al juzgador remitir a las partes al arbitraje cuando se compruebe 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.

b) *La Solución de la Contradicción por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

La Corte resolvió que dicha facultad le corresponde al juez. La tesis jurisprudencial que al respecto se emitió dice:²⁴

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 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

²³ Juzgado Octavo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal.

²⁴ 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.)

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 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.

c) *Opinión sobre la Contradicción*

En mi opinión, la postura adoptada por la Corte es incorrecta; viola la letra y el espíritu del principio de *Compétence-Compétence*, así como la mecánica de ejecución del acuerdo arbitral.²⁵ Veamos por qué.

i) 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.** (...)

²⁵ En lo sucesivo aludiré 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 acuñada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. '*Compétence* Total': el árbitro decide sobre la validez tanto del contrato en su totalidad como del acuerdo arbitral.

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

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.

En mi opinión, se ha malentendido la esencia del principio en juego (*Compétence-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.*²⁶ El primero es el árbitro y el segundo el juez.

La Corte revirtió 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, sólo las del contrato principal.

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

²⁶ Como se detalló en la sección II.A, el verbo “remitirá” (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).

Hay quien sostiene que el resultado es correcto ya que el 1432 es una norma de excepción pues la oración misma utiliza dicha palabra. Disiento. 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.

ii) 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 dueto 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 segundo, de no ser facultad del árbitro decidir sobre su competencia, se llegaría a un resultado absurdo: de desear resolver controversias *fuera* de tribunales, tendría que *acudirse* a tribunales (!). 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.

iii) La Mecánica de Ejecución del Acuerdo Arbitral

La *ratio legis* original 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,²⁷ al momento en que se busque la nulidad²⁸ o el reconocimiento y ejecución del laudo.²⁹

Podría preguntarse, ¿porqué entonces se le faculta al juez para realizar la determinación de la nulidad, ineficacia y/o inaplicabilidad del acuerdo arbitral? Después de todo, así lo establece expresamente el artículo 1424 del Código de Comercio. 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. Me ceñiré a comentar la historia legislativa.

El grupo de trabajo que redactó el (antecedente de la Ley Modelo³⁰ del) artículo 1424, con miras a procurar uniformidad hizo eco expreso de lo dispuesto en la Convención de Nueva York,³¹ 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.**

²⁷ Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

²⁸ Artículo 1457(I)(a) del Código de Comercio.

²⁹ Artículo 1462(I)(a) del Código de Comercio.

³⁰ 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").

³¹ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958. México 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.

Durante los debates de la Ley Modelo se sugirió incluir la palabra ‘manifiestamente’ antes de la palabra ‘nulo’ con miras a establecer un nivel de revisión bajo por el juez que ventile el mismo.³² La iniciativa no prosperó. Se consideró innecesaria pues existió consenso que tal como estaba ya reflejaba dicha intención, y hacerlo hubiera restado uniformidad. Dos influyentes comentadores³³ 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.³⁴ Otros tratadistas opinan distinto.³⁵

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.³⁶ 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.

³² Reporte del Tercer Grupo de Trabajo (A/CN.9/233), párrafo 77, pg. 315.

³³ Howard M. Holtzmann y Joseph E. Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1994, pg. 303.

³⁴ 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, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1981, pg. 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, en 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, pg. 22.

³⁵ Julian Lew opina que la negativa a incluir la palabra “manifiestamente” tiene por efecto el que un juez estatal pueda realizar una revisión más profunda (más que *prima facie*). (Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law International, 2003, para. 14-61, pg. 349.)

³⁶ 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, pgs. 91-97.)

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 solo tendrá cierta jurisdicción 'parcial' o 'subsidiaria' para cuestiones relacionadas con el acuerdo arbitral, como lo son medidas precautorias.³⁷ En relación con la determinación de validez, sólo deberá ejercerse dicha excepción en casos *extremos* en los que *claramente* no existía un acuerdo arbitral, o el mismo era *ostensiblemente* ineficaz.³⁸

Otra obra interesante que toca el tema enuncia 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'.³⁹

No obstante el poco análisis al respecto, el objetivo parece haberse logrado. La mayoría de las cortes que han aplicado el artículo II(3) de la Convención de Nueva York han, la mayoría de las veces, simplemente remitido al arbitraje.⁴⁰

En su origen, el principio significó que el tribunal arbitral era *el único* juez de su competencia (la escuela alemana: *Kompetenz-Kompetenz*).⁴¹ Luego se matizó:

³⁷ Van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, pg. 168.

³⁸ Van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, pgs. 154 a 161.

³⁹ Domenico Di Pietro y Martin Platte, ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL ARBITRATION AWARDS, THE NEW YORK CONVENTION OF 1958, Cameron May, 2001, pg. 113 a 122.

⁴⁰ 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, pg. 103 - 104.

⁴¹ Curiosamente, aunque este fue el significado que se le imputa 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 ZPO permite a las partes solicitar de las cortes estatales una determinación sobre el arbitraje debe proseguir.

el árbitro es *el primer* juez de su competencia, sujeto a la determinación *final* que haga el juez competente (la escuela francesa: *Compétence-Compétence*).⁴²

La escuela francesa se considera el paradigma en vigor, mismo que parece estarse reacomodando en México y Estados Unidos.⁴³

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 Modelo⁴⁴ da respuesta a dicha interrogante proveyendo que es el árbitro a quien le corresponde resolver primero, sujeto a la revisión final del juez competente.⁴⁵

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*'⁴⁶ Herrmann explicaba el juego entre el juez y el árbitro con la descripción de lo que, en mi opinión equivocadamente,⁴⁷ se ha conocido en castellano como la "Teoría de los Disparos". Dicha teoría postula que la primera determinación

⁴² Así ha sido desde la decisión de la Corte de Casación francesa *Caulliez-Tibergien v. Caulliez-Hannart* del del 22 de febrero de 1949.

⁴³ En forma interesante, en un caso con un paralelismo impresionante a la experiencia mexicana, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, también decidió en forma similar. El caso fue *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al* (546 U.S. ____ (2006)). Considero que dicha sentencia también es mal derecho. (En caso de desear saber porqué, puede consultarse "[EL PRINCIPIO COMPÉTENCE-COMPÉTENCE, REVISITADO](#)", JURÍDICA, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., 36, 2006.

⁴⁴ Que está reflejada en los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ ICCA Bahrain Arbitration Conference, 1993, Kluwer Law and Taxation Publishers, pg. 48.

⁴⁷ 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 fuera mal entendido, el mensaje permanece incólume.

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"⁴⁸ en la que el juez y el árbitro tienen tiempos distintos. Primero, la estafeta está en manos del juez, quien debe pasarla al tribunal arbitral mediante la remisión al arbitraje, y a quien le corresponde resolver sobre el fondo mediante la emisión del laudo. Una vez que ello tenga lugar, la estafeta pasa de nuevo al juez para ventilar la nulidad, reconocimiento y ejecución del laudo.

Otro practicante (Goldman⁴⁹) 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*.

iv) Los objetivos de *Compétence* y autonomía

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: dar efectos al pacto de recurrir al arbitraje en lugar de al litigio. Para aquilatar su impacto, imaginemos por un momento un mundo en el que no existe el principio de *Compétence*. En caso que de una controversia surgiera entre las partes derivada de un contrato con un acuerdo

⁴⁸ Lord Mustill, COMMENTS AND CONCLUSIONS, en 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, pg. 343).

⁴⁹ THE COMPLEMENTARY ROLE OF JUDGES AND ARBITRATORS, ICC Publication No. 412, pg. 259.

arbitral, y una de las 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 ante el árbitro caen dentro 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 definir la competencia del árbitro.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que parte de las pretensiones en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, dado el principio de *Competence* tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la susodicha validez. 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 lógico⁵⁰ 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 resuelva sin efectos jurídicos, pues *ex nihilo nil fit*.

Como puede verse, en esencia ambos principios buscan dar efectos a la voluntad de acudir al arbitraje y no acabar en tribunales.

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 *compétence* que un árbitro puede aquilatar la validez tanto de la cláusula arbitral como del contrato en su totalidad.

Pero cada uno aporta un valor agregado distinto. *Compétence* ciñe al arbitraje todas las disputas de una relación jurídica; y *autonomía* permite

⁵⁰ La 'nada' no puede producir mas que justamente eso: 'nada'.

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 *compétence* 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 *compétence*.

Como puede verse, ambos principios son los dos cimientos indispensables para edificar una estructura jurídica que permita darle efectos al pacto arbitral.⁵¹ Se trata de instancias de ingeniería jurídica inteligentemente utilizada para resolver un obstáculo que la trayectoria al objetivo deseado encontró.

v) Conclusión

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

1. Viola uno de los principios de derecho arbitral más añejos e importantes: el principio *Compétence-Compétence* (contenido en el artículo 1432 del Código de Comercio);
2. Es violatoria del espíritu y mecánica del artículo 1424 del Código de Comercio y II(3) de la Convención de Nueva York.
3. Amputa los efectos de la frase “*El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje*” contemplada en el tercer párrafo del artículo 1432 del Código de

⁵¹ Y dichos resultados no derivan del *acuerdo* arbitral, sino del *derecho* arbitral aplicable (artículo 1432 del Código de Comercio). Si derivaran del acuerdo arbitral, se estaría ante un problema ‘huevo-gallina’.

Comercio. Ello viola el principio de interpretación *ut magis valeat quam pereat* (un texto debe ser interpretado de tal forma que se le de efecto).

4. Inventa (improvisa) aun otra instancia de revisión por el juez de la jurisdicción del árbitro. (Además de poderla revisar al final⁵² y durante,⁵³ también lo podrá hacer al inicio.)
5. Es contraria al artículo 1421 del Código de Comercio; y
6. Merma el deseo de las partes de contar con un procedimiento arbitral no judicializado.

Y por si fuera poco, el voto minoritario tampoco es acertado.⁵⁴ Curiosamente, podría suponerse que al estar en desacuerdo con la mayoría de la Corte, estaría de acuerdo con la minoría. Sin embargo, no es el caso. El voto minoritario —si bien interesante en cuanto a *método*— es malo en cuanto a *ángulo*: critica a la mayoría apoyándose en argumentos sobre arbitrabilidad. Considero que el error reside en que el caso no tenía nada que ver con arbitrabilidad. Versaba exclusivamente sobre *Compétence*.

Es de esperarse que el tropiezo judicial sea remediado.

⁵² En el contexto de la nulidad (artículo 1457(I)(a) del Código de Comercio) y reconocimiento y ejecución (artículo 1462(I)(a) del Código de Comercio).

⁵³ Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

⁵⁴ Se trató de una decisión 3 a 2.

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. Y como era de esperarse, el ejercicio de dicha facultad no ha carecido de problemas. A continuación trataré los siguientes que identifiqué: el abuso de la institución (§B); la duplicidad derivada del juicio de nulidad y el de ejecución (§C); la forma en que se aplican las causales de nulidad y ejecución (§D); y el contenido y aplicación de ciertas causales problemáticas (§E).

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 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.

Es cierto que este problema no encuentra como causa incumplimiento alguno de la judicatura. Más bien deriva de las partes y abogados postulantes. Sin embargo, hay tres pasos que se sugiere que la judicatura tome para aminorar

tanto el impacto como la repetición del fenómeno: (i) tramitar el juicio en forma sumaria; (ii) interpretar en forma estricta las causales de nulidad; y (iii) condenar a costas a la parte que resiste la solicitud de nulidad cuando sea palpable que en verdad no existe la causal. Es de esta manera que las jurisdicciones más desarrolladas desincentivan este abuso.

Es natural que la parte perdedora en un arbitraje intente la nulidad. Después de todo, no tiene nada que perder. Pero si se siguen las sugerencias anteriores —particularmente la de costas— se incluirá un riesgo en la consecución de procedimientos frívolos: incrementar el pasivo (la condena). Ello propiciará que el análisis de la conveniencia de ejercer dicho derecho incluya dicho riesgo. El resultado será que menos solicitudes frívolas tendrán lugar, y las que sí ocurran tendrán un aura de legitimidad.

Emplear las costas de esta manera no sólo es apropiado. Es astuto. Las costas, además de su función evidente (resarcir), están diseñadas para cumplir otra: desincentivar conducta reprochable.

Es de esperarse que dicha herramienta sea utilizada en la forma sugerida. Los beneficios serán inmediatamente percibidos.

C. RENUNCIA DE LOS RECURSOS

¿Será posible renunciar a los recursos oponibles al laudo?

Por principio de cuentas, parecería que no puede renunciarse al de reconocimiento/ejecución puesto que ello, más que un recurso, es la herramienta procesal para darle efectos y ejecutar coactivamente el laudo. Por consiguiente, la pregunta se reduce al recurso de nulidad.

Si bien es un tema abierto/no decidido, algunas jurisdicciones lo permiten (p.e., Bélgica). A su vez, parecería más viable en lo que concierne a las causales contempladas en el artículo 1457.I que aquéllas contempladas en el artículo

1457.II. Después de todo, las primeras son las causales que sólo pueden analizarse por un juez si una de las partes las ha solicitado.

Al contemplar la procedencia de lo anterior vale la pena recordar que existe una iniciativa por un experto en arbitraje (Phillippe Fouchard) en el sentido que debería de eliminarse la existencia del recurso de nulidad. La razón por la que la misma es relevante tiene que ver con que existe una corriente importante de pensamiento en el sentido que el recurso de nulidad tiene una menor importancia que el de ejecución, y de eliminarse se acercaría el régimen aplicable a los laudos a la deslocalización de los mismos; algo considerado positivo y deseable por muchos.

D. INTER-RELACIÓN ENTRE EL JUICIO DE NULIDAD Y EL DE RECONOCIMIENTO: ¿EXAMEN DE NOVO O RES IUDICATA?

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

En respuesta a lo anterior se han realizado propuestas diversas que han primordialmente involucrado cambiar el texto actual. Propondré una que considero que es más fácil, rápida, eficiente y apropiada: generar jurisprudencia en el sentido que, una vez litigada una de las causales en el contexto de la nulidad del laudo, de esgrimirse la misma en el contexto de la solicitud de

reconocimiento y ejecución, son procedentes las excepciones de *ne bis in idem* y *res iudicata*.

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

Lo he dicho antes⁵⁵ y seguiré insistiendo: la jurisprudencia es una buena forma de acoplar el derecho a las circunstancias. No siempre es necesario modificar el precepto legal para llegar al resultado deseado. Las modificaciones al texto legal, si bien no son *per se* negativas, se usan con más frecuencia de lo que una sana técnica jurídica toleraría. Cada modificación de un texto jurídico desecha el bagaje interpretativo y práctico del mismo que tanto la judicatura como los particulares han derivado. Por consiguiente, existe cierto ‘desperdicio’ cuando la misma se realiza en casos que no lo justifican (por haberse podido abordar mediante derecho que emane de la judicatura). El bisturí de la modificación legislativa debe utilizarse sólo para remover tumores: texto equivocado o tan estrecho que no puede interpretarse o integrarse judicialmente porque el radio de acción de la norma no lo permite. En ausencia de tal patología, considero que generar derecho proveniente de la judicatura es suficiente —y eficiente!

Existen razones secundarias que militan a favor de dicha solución. Las facultades de la judicatura de creación de derecho mediante jurisprudencia interpretativa o integradora son una herramienta más dinámica que el proceso

⁵⁵ Ver MEDIDAS PRECAUTORIAS DICTADAS POR TRIBUNALES MEXICANOS EN APOYO AL ARBITRAJE, en Diagnóstico y Propuestas sobre los Sistemas de Impartición de Justicia en México, México, D.F., 2004, pg. 1576 (ponencia presentada en el Congreso Anual de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Oaxaca, Mayo de 2004).

legislativo. Esta característica de dicha fuente de derecho la torna más apta para el (dinámico) derecho mercantil.

En vista de lo anterior sugeriría que el juez que conozca de la ejecución de un laudo admita la excepción de cosa juzgada o *ne bis in idem* hecha valer por una de las partes en el procedimiento de ejecución del laudo, mediante la presentación de la resolución que se derive del procedimiento de nulidad seguido de conformidad con el artículo 1458 del Código de Comercio.⁵⁶

E. LAS CAUSALES

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

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

1. En general

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

a) *Son taxativas*

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

⁵⁶ Obviamente ello sujeto a que los requisitos de la excepción de cosa juzgada o *ne bis in idem* hayan sido satisfechos, a saber: mismo objeto, misma causa, mismas partes.

b) *Interpretación estricta*

El laudo arbitral se presume válido y ejecutable. Está investido de una presunción de validez (*presumptio in favorem validitatis sententiae*). Por consiguiente, cualquier cuestionamiento del mismo deberá superar dicha presunción de validez. Así fue diseñado el régimen aplicable. Dada dicha presunción, las causales deben interpretarse en forma estricta, de conformidad con el principio *exceptio est strictissimae applicationis*.

c) *Operan a petición de parte*

Ha sucedido que un juez *ex officio* analiza causales. La regla es inversa: el juez puede resolver sólo en base a las causales esgrimidas. La única excepción es el orden público y la arbitrabilidad. No puede suplir la deficiencia de alguna de las partes. Ello inclusive aunque el juez considere que la causal es evidente. Se trata de arbitraje y derecho mercantil: no hay parte débil que proteger. El derecho es claro al respecto. La parte relevante del artículo 1457 establece:⁵⁷

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

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

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

Lo anterior, que puede inclusive parecer evidente al buen intérprete, ha sido pasado por alto en algunos casos: jueces han aplicado de oficio causales que le correspondía exclusivamente a la contraparte esgrimir. Afortunadamente, ello tiende a ser corregido en amparo. Sin embargo, el error debe ser evitado.

⁵⁷ Lo mismo ocurre con el régimen de reconocimiento y ejecución del laudo (artículo 1462 del Código de Comercio).

d) *Discrecionalidad*

Tanto el artículo 1457 como el artículo 1462 están pensados para dar al juez la facultad, mas no la obligación, de anular o no ejecutar el laudo cuando en presencia de una causal.⁵⁸ Ello necesariamente implica que el juez podría, aun habiendo encontrado una causal, decidir no anular.⁵⁹ Ello sería un uso maduro de la facultad. Después de todo, la nulidad o no ejecución es una medida excepcional que, en la medida de lo posible, debe evitarse.

2. Causales problemáticas

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

a) *Orden público*

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

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

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

⁵⁸ El fundamento de la aseveración es tanto textual como teleológico. El artículo 1457 dice “Los laudos arbitrales **sólo podrán** ser anulados por el juez competente cuando ...”; mientras que el 1462 dice “**Sólo se podrá** denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral ... cuando: ...”. En ambos casos el ‘podrá’ es potestativo y el ‘sólo’ es taxativo.

⁵⁹ Por ejemplo, por que no haya sufrido daño la parte que la argumenta, o que se trata de un tecnicismo o se está en presencia de un argumento *venire contra factum proprium*.

[Public policy – it is an unruly horse and when once you get astride it, you never know where it will carry you. It may lead you form the sound law. It is never argued at all but when other points fail.⁶⁰]

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

El carácter fluido del orden público es inherente al concepto dada su generalidad excesiva; el gran número de opiniones proferidas al respecto tienden a probarlo ... Como lo ha señalado un comentarista, todos los intentos de resolver las numerosas y recurrentes preguntas generadas por la interpretación de dicho 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...⁶¹]

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.⁶² Y la imaginación del litigante para encontrar una arista de orden público en casi cualquier materia ha mostrado ser envidiable.

⁶⁰ Burroughs J. en *Richardson v. Mellish* (2 Bing. 229 (1824) pg. 303).

⁶¹ *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.

⁶² Si bien la (escasa) jurisprudencia que existe es atinada en cuanto a que el umbral de orden público es alto, y el concepto es restringido, en ocasiones la práctica parece no seguir dichos estándares. Al respecto, el Dr. José Luis Siqueiros ha observado que, no obstante que la jurisprudencia mexicana sobre el tema es escasa, la legislación civil y mercantil federal y local es acorde con la postura adoptada por países vanguardistas. En aplicación del texto se sugiere que se adopte una postura limitada de tal forma que queden comprendidos los principios fundamentales de la justicia y la moral o los intereses esenciales del Estado. (Siqueiros, José Luis, EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES, JURÍDICA, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., 2002, No. 32, pg. 45.)

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

i) Lo que es ‘orden público’

En general, por orden público se entiende ‘las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico’.⁶³ Existe una corriente de opinión que distingue entre ‘orden público local’ y ‘orden público internacional’.⁶⁴ El primero es más amplio que el segundo.⁶⁵ Mientras que el orden público *local* versa sobre las nociones más básicas de moralidad y de justicia de una jurisdicción determinada, el orden público *internacional* es aquél aceptado como tal por la comunidad internacional. La aceptación de dicha distinción está dividida: algunos casos la han adoptado,⁶⁶ y otros no.⁶⁷

Hay una corriente de opinión que postula que el contenido del término ‘orden público’ para efectos de nulidad y ejecución de un laudo incluye sólo el orden público *internacional*. Hay quien disiente.⁶⁸

⁶³ Como así lo definió la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos en *Parsons & Whittemore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l’Industrie du Papier* (508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974)). Sus palabras exactas fueron “*the most basic notions of morality and justice*”.

⁶⁴ Al respecto, ver Arfazadeh, Homayoon, ORDRE PUBLIC ET ARBITRAGE INTERNATIONAL À L’ÉPREUVE DE LA MONDIALISATION, Schulthess, Bruylant Bruxelles, L.G.D.J., 2005.

⁶⁵ Gaillard, Emmanuel y John Savage (eds.), FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, The Hague, Netherlands, 1999, pg. 996; Van den Berg pg. 361.

⁶⁶ Court of Appeal, *Westacre v. Jugoimport*, [1999] 2 Lloyd’s Rep. 65 (en donde se distinguió de “*English public policy*” de “*English domestic public policy*”); *Revue de L’Arbitrage*, París, 1999, pg. 255.

⁶⁷ Tribunal Federal Suizo, SJ 1980, pg. 65; *Yearbook Commercial Arbitration*, 1998, pg. 754.

⁶⁸ W. Michael Reisman, un prestigioso Profesor de derecho internacional de la Universidad de Yale, critica la utilización del orden público internacional como causal de no ejecución de laudos arbitrales. Sus motivos son: (1) lo etéreo de la noción, máxime si se toma en cuenta la cantidad de manifestaciones sugestivas contenidas en el derecho internacional y el ‘soft law’ — cuya obligatoriedad está llena de matices; (2) mientras que el orden público nacional tiene fundamentos y antecedentes que permiten una fácil verificación,

ii) Lo que **no** es 'orden público'

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

El término 'orden público' puede encontrarse en diversas leyes. Sin embargo, ello no implica que toda caracterización de una ley como de 'orden público' la torna en inarbitrable. La Suprema Corte de Justicia lo ha dejado claro.⁶⁹ En donde en verdad tienen un contenido importante es en el contexto del derecho contractual y derecho internacional privado.

ello no ocurre con el internacional; (3) cuando se argumenta en el foro arbitral *ius cogens* internacional, es imposible cuestionar la obligatoriedad del mismo mediante su cotejo con la práctica estatal y *opinio iuris*; (4) cuestiona el valor agregado de utilizar el orden público internacional en el contexto arbitral. Después de todo, casi cualquier cuestión alegable bajo de orden público internacional es esgrimible bajo orden público nacional (por ejemplo, corrupción, esclavitud); y (5) la utilización de una noción tan imprecisa y subjetiva puede denostar al derecho internacional, el cual tiene un papel importante.

⁶⁹ ARRENDAMIENTO DE FINCAS DESTINADAS A HABITACION EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN CON ESE MOTIVO, PUEDEN VENTILARSE ANTE ARBITRO. De una interpretación armónica de las normas jurídicas que regulan el contrato de arrendamiento para casa habitación en el Distrito Federal, se concluye que en ninguna de las disposiciones reformadas o adicionadas en esta materia el legislador precisó que los interesados únicamente debían acudir ante los tribunales jurisdiccionales o instancias administrativas (Procuraduría Federal del Consumidor, conforme a los artículos 57 bis y 59 bis de su ley), para dilucidar las controversias en cuestión y menos aún estableció la prohibición expresa para que este tipo de contiendas puedan dirimirse ante árbitro como puede corroborarse con la lectura del artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Por consiguiente las partes contratantes tienen el derecho de comprometer ante árbitro esta clase de conflictos, el cual deberá respetar los derechos del arrendatario. (Contradicción de tesis 2/89 (entre las sustentadas por Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito), Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27 de noviembre de 1989.)

El orden público contractual: al hablar de 'orden público' el artículo 1830 del Código Civil Federal se refiere a normas imperativas.⁷⁰ Como es sabido, el derecho contractual está diseñado para contener dos tipos de normas: las dispositivas y las imperativas. Mientras que las primeras admiten pacto en contrario, las segundas no. Constituyen un límite a la libertad contractual. Las primeras son derecho **supletorio** (*ius dispositivum*), las segundas **imperativo** (*ius cogens*).⁷¹

Pero el término 'orden público' en el contexto de nulidad o no ejecución de laudos es distinto.⁷² Se asemeja más al utilizado dentro del contexto de derecho internacional privado: el mecanismo por virtud del cual puede negarse la aplicación en México de derecho extranjero.⁷³ El motivo por el que los asemejo es que guardan una misma *ratio legis*: evitar que en México se den efectos legales a instituciones que constituyen una antinomia con los principios más caros de nuestro sistema jurídico.

Es de predecirse que la postura por la que abogo encuentre opositores. Después de todo, se trata de un tema abierto, y pueden citarse ejemplos radicales en apoyo de la postura que el concepto 'orden público' como causal de no ejecución de un laudo debe incluir a las normas imperativas.⁷⁴ Haría una doble contestación: en primer lugar, contemplar a las normas imperativas dentro de la noción 'orden público' implicaría permitir que el juez de nulidad o de ejecución realice un análisis sobre el fondo del asunto; y ello es contrario a la esencia por la que se acude al arbitraje.

⁷⁰ Guardan relación con ello los artículos 6 y 8 del Código Civil Federal.

⁷¹ Por ejemplo, el pacto de anatocismo (artículo 2397 del Código Civil Federal).

⁷² Artículo V.2.(b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457.II y 1462. II del Código de Comercio.

⁷³ Artículo 15.II del Código Civil Federal.

⁷⁴ Por ejemplo, podría decirse que de aceptar la teoría expuesta, un juez nacional tendría que ejecutar en México un laudo cuyo dispositivo monetario fuera en base a un pacto de anatocismo.

En segundo, lo más probable es que si se está en presencia de una norma imperativa el tribunal arbitral la haya contemplado y aplicado. Podría replicarse que en caso de que el Tribunal no haya actuado así debe existir un mecanismo para impedir que sea ejecutado en México. Contestaría que, dado que el error de derecho no es una causal de nulidad o no ejecución, para que el orden público pueda ser el mecanismo idóneo será necesario que verse sobre una de las nociones más básicas de moralidad y de justicia de derecho mexicano. De lo contrario, es resolutivo será final e irrecurrible.

Un caso reciente es ilustrativo: *Thalès v. Euromissile*⁷⁵ en donde la parte que buscaba evitar la ejecución del laudo argumentaba que el mismo era contrario al orden público francés pues el contrato que contenía el acuerdo arbitral incluía una práctica monopólica: dividía el mercado entre competidores. Dada la importancia de la legislación de competencia económica, Thalès sostenía que el laudo no debía ser ejecutado. La Corte de Apelación francesa rechazó el argumento. Sostuvo que la violación al orden público debe ser “flagrante, efectiva y concreta”. La ilicitud, para ser violatoria del orden público, debe “saltarle a la vista” o “quemarle los ojos” al juez.⁷⁶ Al hacerlo, adoptó la tesis minimalista del contenido de orden público, excluyendo del mismo no sólo a las normas imperativas sino también a las de policía.

El criterio debe ser emulado.

b) *Arbitrabilidad*

La validez de un laudo puede ser cuestionada cuando en él se ventilen controversias que no sean susceptibles de ser resueltas por medio de arbitraje.⁷⁷

⁷⁵ Corte de Apelación de París, 18 de noviembre de 2004, REVUE DE L' ARBITRAGE, Comité Français de l' Arbitrage, Litec Editions, número 3, 2005, pgs. 529 *et seq.*

⁷⁶ Las palabras exactas fueron: “illicéité qui ‘crève les yeux’”.

⁷⁷ Artículo V(2)(a) de la Convención de Nueva York y artículos 1457(II) y 1462(II) del Código de Comercio.

Qué materias pueden ser arbitradas es una cuestión dependiente del derecho aplicable.⁷⁸

La regla de derecho mexicano acerca de arbitrabilidad puede ser resumida en que todas las controversias que no versen sobre una materia de interés público, que no perjudiquen derechos de tercero o que no estén expresamente excluidas, podrán ser resueltas mediante arbitraje. En términos generales, las controversias que involucran derechos pecuniarios son arbitrables.⁷⁹

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

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

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

Diferentes jurisdicciones otorgan diferentes grados de trascendencia a ciertas materias. Ello impacta su arbitrabilidad. Si se considera, por ejemplo, que una materia tiene ramificaciones sociales importantes, o consecuencias que

⁷⁸ Mismo que, según las circunstancias del caso, puede ser uno de muchos (el derecho de las partes, el derecho aplicable al contrato, el derecho de la sede del arbitraje, etcétera). Sin embargo, en la medida en que un juez mexicano tiene que ventilar la procedencia de la ejecución de un laudo *en México*, éste tendrá que determinar la arbitrabilidad de la materia con base en derecho mexicano.

⁷⁹ De si, estos lineamientos merecen un tratado. Dado el objetivo de este estudio no me explayaré. Para abundar consúltese González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE, México D.F., Ed. Porrúa, 2004, pgs. 97 a 113.

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

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

Es de sugerirse que tanto la judicatura como el legislativo reconozcan la eficacia del arbitraje y le brinden un voto de confianza. El arbitraje ha mostrado ser un mecanismo útil para resolver, no sólo controversias mercantiles e internacionales, sino problemas sociales serios.⁸⁰

c) *Derechos de Terceros: una noción amorfa*

Como punto de partida, las variables descritas proporcionan un marco conceptual que explica porqué una materia es arbitrable o no. Pero no resuelve

⁸⁰ Los ejemplos abundan. Algunos son las reclamaciones internacionales derivadas de movimientos revolucionarios (v.gr, las Comisiones de Reclamaciones establecidas después de la revolución mexicana en los años 1923 y 1934), el Tribunal de Reclamaciones Irán-E.U., el UNCC (que dirimió las reclamaciones de daños de las víctimas de la invasión de Kuwait por Irak), el arbitraje de inversión, las comisiones *ad hoc* establecidas entre la República de Etiopía y el Estado de Eritrea para poner fin a la disputa territorial entre dichos países y para arbitrar las reclamaciones que resultaron de las violaciones al derecho internacional humanitario, el arbitraje sobre las cuentas durmientes de las víctimas del Holocausto (*Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland*), el arbitraje deportivo, la Comisión de Bosnia y Herzegovina establecida bajo el *Dayton Peace Agreement* que puso fin a la Guerra de los Balcanes y un sinnúmero de arbitrajes de derecho internacional público en materias diversas que han incluido disputas territoriales. (Para abundar sobre ello, vid. González de Cossío, Francisco, EL ARBITRAJE EVALUADO: COMENTARIOS SOBRE EXPERIENCIAS RECIENTES EN MÉXICO, Pauta, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, noviembre de 2006.)

todas las interrogantes. Más bien, sólo las explica. La realidad de los casos lleva a observar que la primera variable contiene un nivel de complejidad adicional: *es una cuestión de grado*. Es decir, con frecuencia el que una materia involucre a terceros no es claro. Más bien, depende.

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

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

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

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

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

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

Comencemos con el ejemplo de la práctica monopólica absoluta. El que dicho pacto genere aristas de competencia económica es algo que no le compete al Tribunal Arbitral (constituido al amparo del acuerdo arbitral contenido en el contrato que contiene la división horizontal de mercados⁸¹) determinar. Existe

⁸¹ En específico, el artículo 9.III de la Ley Federal de Competencia Económica.

una autoridad especial (la Comisión Federal de Competencia — “CFC”) a quien le compete dicha determinación.⁸² La labor del Tribunal Arbitral se ceñiría a ventilar las aristas *contractuales* —mas no *administrativas*— de dicha controversia. De considerarse que los hechos, además de resultar en responsabilidad contractual, materializan una práctica monopólica, deberá denunciarse ante la CFC para que inicie la investigación correspondiente. Y las determinaciones contractuales del Tribunal Arbitral serán perfectamente irrelevantes para la CFC.

Lo inverso ha ocurrido. En un caso⁸³ se ventiló ante la CFC la existencia de discriminación utilizando como prueba un laudo arbitral. La CFC utilizó el mismo como una prueba más y realizó sus propias conclusiones, que no necesariamente coincidieron con las del Tribunal Arbitral.⁸⁴

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

⁸² Y no es del todo claro que exista una violación a la Ley Federal de Competencia Económica. Pueden existir circunstancias que no cumplan el supuesto. No las abordaré. Pero para efectos de este análisis supongamos que la práctica tiene lugar.

⁸³ *Distribuidores Farmacéuticos Veterinarios en Cadena, S.A. de C.V. v. Schering Plough, S.A. de C.V.* (Expediente DE-08-2003. Gaceta de Competencia Económica número 19, año 7, mayo-agosto 2004, pg. 305.)

⁸⁴ Lo cual no implica una contradicción. El fundamento de la reclamación en el procedimiento arbitral fue un contrato que contenía la obligación de dar el mismo trato. Luego entonces, la determinación del tribunal arbitral descansaba en la obligación *contractual* de dar el mismo trato, no en la violación al deber *legal* de no discriminar por precios bajo la Ley Federal de Competencia Económica).

recuerda la teoría del Efecto Mariposa,⁸⁵ debe ser desechado en materia de arbitrabilidad.

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

d) *Falta de debido proceso*

Esta causal se ha prestado a abusos.⁸⁶ Casi cualquier cuestión es argüida como una situación que pone a una parte en desventaja frente a otra. En la contundente mayoría de los casos dichas circunstancias están citadas fuera del contexto en el cual se dieron, y con frecuencia traen un giro: enfatizan (o tergiversan a su favor) una circunstancia, omitiendo el resto del contexto.

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

En caso de que una situación desafortunada se encuentre, aun así debe utilizarse la medida de la nulidad con mesura. Únicamente en casos extremos o extraordinarios debe el juez mexicano contemplar la posibilidad de anular o no ejecutar; y ello siempre y cuando: (i) no quede duda alguna de la imposibilidad de una de las partes de hacer valer sus derechos; y (ii) quede claro en el laudo

⁸⁵ Como el lector recordará, el “Efecto Mariposa” es parte de la teoría del caos de las ciencias exactas, y encapsula lo que se conoce como la dependencia delicada en condiciones iniciales (*sensitive dependence on initial conditions*). Pequeñas variaciones de las condiciones originales en un sistema dinámico pueden producir grandes variaciones en el comportamiento a largo plazo del sistema. La frase busca dramatizar e ilustrar la teoría refiriéndose a la posibilidad de que el papaloteo de una mariposa puede contribuir (o evitar) un tornado en otra parte del mundo. Las alas de la mariposa inician una cadena de eventos que eventualmente resultan en un fenómeno importante.

⁸⁶ Artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457(1)(b) y 1462(3)(b) del Código de Comercio.

que dicha falta tuvo un resultado adverso. Si cualquiera de los dos requisitos está ausente, o, en caso de que se tenga cualquier duda sobre la ausencia de alguno de los mismos, el deber de respeto del laudo, aunado a la naturaleza y objetivos del arbitraje, debe pesar más y debe dejarse el laudo intacto.

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

La nulidad o no ejecución de un laudo debe ser el último recurso. Casi una tragedia. El motivo es que todo laudo tiene una inversión de tiempo y recursos importante, y –para bien o para mal– pone fin a una controversia. Debe dársele efectos aunque el juez competente desapruere del contenido, o la forma le parezca bizarra.⁸⁷ Después de todo, el error de derecho no es una causal de nulidad⁸⁸ –pues ello invitaría inmiscuirse en el fondo del litigio.

⁸⁷ Algo frecuente en casos de laudos emitidos por extranjeros.

⁸⁸ 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.

IV. COMENTARIO FINAL

La salud arbitral de México es ambivalente. El cuadro clínico muestra *grosso modo* un paciente sano. Pero no en forma. Su salud podría mejorar.

Para lograr la homeóstasis de la institución, a título de medicina preventiva, deben ejercitarse los músculos judiciales siguiendo la siguiente receta:

1. Los acuerdos arbitrales deben ser ejecutados con más celeridad y respetando el alcance del principio *Compétence-Compétence*.
2. El recurso de nulidad no debe ser abusado. Para ello, deben de hacerse condenas en costas a las partes que lo usan frívolamente o para retrasar el cumplimiento del laudo.
3. Se debe acuñar judicialmente un principio de cosa juzgada y *ne bis in idem* de causales que hayan sido ventiladas en la nulidad para que no sean relitigadas en el juicio de ejecución.
4. Las causales de nulidad y de no ejecución deben de (a) usarse sólo a petición de parte; (b) interpretarse en forma estricta; (c) favoreciendo la ejecución aun en casos en que técnicamente se presente la causal, pero no afecte a la parte que la esgrime.
5. Debe aceptarse la tesis minimalista del orden público, según la cual se excluyen a las normas imperativas y las leyes de policía.
6. El orden público debe emplearse *únicamente* en casos extremos en los cuales se *ofende* (no ventila) una institución *fundamental* (no imperativa, y menos dispositiva) mexicana.
7. Debe dársele un voto de confianza al arbitraje a efecto de hacer crecer el ámbito de materia que puedan sujetarse al mismo.
8. 'Derechos de Tercero' como causal de no arbitrabilidad debe de interpretarse en forma estricta.

9. Debe cuidarse el uso de la causal 'falta de debido proceso' para anular o no ejecutar, dando efectos a la preclusión que opera por no protestar la causal.

De tomarse esta —posiblemente amarga, en un principio— medicina, la salud arbitral de la jurisdicción mexicana incrementará su brío.