

**RELACIÓN ENTRE LA JUDICATURA Y EL ARBITRAJE:
EL JUEZ COMO PARTE DEL
ORDEN JURÍDICO ARBITRAL**

Ciclo de Conferencias

“ARBITRAJE Y JUDICATURA: ECUACIÓN PARA LA COMPETITIVIDAD”

Mérida, Yucatán, 17 de abril de 2009

Centro de Arbitraje de México, Secretaría de Economía,

Colegio Nacional de Correduría Pública Mexicana, A.C.

*Francisco González de Cossío**

I.	LA IDEA AQUÍ DEFENDIDA	2
II.	LA COMPETITIVIDAD Y EL DERECHO	2
A.	NOCIÓN DE COMPETITIVIDAD.....	2
B.	EL ESTADO DE DERECHO COMO UN ELEMENTO DE RIQUEZA DE LAS NACIONES	3
III.	LA COMPETITIVIDAD Y EL ARBITRAJE	3
A.	NICHO DE MERCADO DEL ARBITRAJE.....	3
B.	LA JUDICATURA COMO UNA PIEZA CLAVE DEL SISTEMA ARBITRAL.....	4
IV.	DESLOCALIZACIÓN.....	5
V.	NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN ARBITRAJE.....	6
A.	COMO REGLA, EL JUEZ COOPERA. COMO EXCEPCIÓN, CONTROLA	6
1.	El modelo conceptual	6
2.	Fundamento	7
3.	Casos de Cooperación — La regla.....	8
4.	Casos de control — La excepción	9
5.	Principio general: no intervención.....	10
B.	EL ORDEN JURÍDICO ARBITRAL	10
VI.	IMPLICACIONES	11
VII.	COMENTARIO FINAL	13

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro, abogado postulante y mediador en casos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje (incluyendo Arbitraje de Inversión), Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho. Representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Miembro del Instituto Mexicano del Arbitraje, *International Arbitration Institute*, Club Español del Arbitraje y Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo de Lausanne, Suiza (*Tribunal Arbitral du Sport*). Observaciones bienvenidas a: fgcossio@gdca.com.mx

I. LA IDEA AQUÍ DEFENDIDA

Las ideas han mostrado ser las fuerzas más importantes de la historia. En este ensayo pretendo defender una idea, y sólo una: la judicatura tiene un papel importante que jugar en el arbitraje, que ultimadamente redundará en la eficacia del Derecho, y por ende en nuestra competitividad. El motivo: el juez nacional es parte del orden jurídico arbitral internacional.

II. LA COMPETITIVIDAD Y EL DERECHO

A. NOCIÓN DE COMPETITIVIDAD

La noción de ‘Competitividad’ es debatida.¹ En mi opinión, Arturo Damm le da al clavo: *es la habilidad de hacerlo mejor.*²

Pero lo importante de la discusión conceptual anterior no es elegir cuál es la correcta, sino hacer énfasis sobre una verdad importante: todas tienen un común denominador: *el Estado de Derecho es un requisito para la competitividad.* Es indispensable para cualquier economía que busque un desarrollo económico. El motivo: establece las reglas que regirán un mercado.³ La ausencia de reglas predecibles genera ineficiencias y distorsiones en los mercados. Y ello impacta la competitividad.⁴

¹ Mientras que la Universidad de California en Berkeley la concibe como la prontitud con la que los productos llegan a importarse, el *World Economic Forum* califica de competitivo al país que presenta un crecimiento sostenido de producto interno bruto per cápita, la OCDE como el grado en el que una nación puede, bajo libre comercio y condiciones justas de mercado, producir bienes y servicios que cubran las exigencias de los mercados y mantener y expandir los ingresos reales de su gente en el largo plazo; el Instituto Mexicano de la Competitividad como la habilidad de un país para atraer y retener inversiones, el IMD de Lausanne, Suiza, como la habilidad para crear y mantener un clima que permita competir a las empresas que radican en él, y el Banco de la Reserva Federal de San Francisco califica a un país de competitivo cuando sistemáticamente son más ricos (en términos de PIB y productividad) y crecen más rápido que otros.

² Revista ESTE PAIS 2007 y www.asuntoscapitales.com. Sobre éste y otros temas relacionados, se recomienda la lectura del libro de dicho autor y Adolfo Gutiérrez, LAS REFORMAS ESTRUCTURALES QUE MÉXICO NECESITA, CECSA – Compañía Editorial Continental, México, D.F., 2005

³ Lo cual tiene implicaciones importantes para México. Según el *Global Competitiveness Index* del *World Economic Forum* México se ha gradual—pero constantemente—deslizado hacia abajo en las listas de competitividad; mientras que en 2001 México estaba en el lugar 44, en 2002 en 42, en 2003 en 45, en 2004 en 55, en 2005 en 59, en 2006 en 58, en 2007 en 52 y en 2008 en 60.

⁴ Para un estudio interesante al respecto ver Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C., HACIA UN PACTO DE COMPETITIVIDAD, situación de la Competitividad de México, 2004.

Este no es el foro para *agotar*, sino *apuntalar*, la aseveración. Para ello, me ceñiré a mencionar a algunos economistas que han explorado la relación entre el Derecho y la economía: Adam Smith, Paul Samuelson, Karl Marx, Martin Wolf, Avinash K. Dixit, Oliver Williamson, Friederich Hayek, Amartya Sen, Douglas North, Ronald Coase, Robert Paul Thomas. Todos influyentes pensadores, siendo los últimos 5 premios Nobel de Economía.

Si las mentes más brillantes nos indican que hay algo económicamente importante en el Derecho, haríamos mal en ignorarlas.

B. EL ESTADO DE DERECHO COMO UN ELEMENTO DE RIQUEZA DE LAS NACIONES

Una abstracción—a primera impresión exagerada—explica la noción: el Estado de Derecho es un elemento de riqueza de las naciones.⁵ Dicha aseveración—que es transversal a diversas áreas del Derecho—aplica a la forma en que se concibe y lleva a cabo el papel del juzgador en el arbitraje. En resumen, entre mejor se entienda y aplique, más eficaz será la institución, lo cual redundará en competitividad.

III. LA COMPETITIVIDAD Y EL ARBITRAJE

A. NICHOS DE MERCADO DEL ARBITRAJE

El arbitraje es un mecanismo crecientemente utilizado para tres tipos de controversias: importantes,⁶ complejas e internacionales. *Ex hypothesi*, se trata de controversias con implicaciones sociales importantes. El motivo por el que el arbitraje es elegido es doble. Primero, porque tiene incentivos que lo hacen confiable.⁷ Segundo, por su eficacia. Es en relación con ésta que más interesa la judicatura, pues es una pieza importante del sistema.

⁵ Un estudio reciente así lo defiende: EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

⁶ Sea por el monto involucrado o sus características, como complejidad.

⁷ El mercado de los árbitros es reputacional. Los árbitros son elegidos por su intelecto, pericia y autoridad moral. Los árbitros que no se apegan a estándares éticos altos son rápidamente desplazados. El motivo: el mercado reputacional es eficiente.

B. LA JUDICATURA COMO UNA PIEZA CLAVE DEL SISTEMA ARBITRAL

Como lo insinúa el título de este ciclo de conferencias, la judicatura es una pieza clave del sistema arbitral. La eficacia del arbitraje depende de una judicatura que lo apoye. Por sí solo, el arbitraje es incompleto. No está autocontenido. Se apalanca de otra institución para lograr los fines últimos para los cuales fue creado: la judicatura.

Pero el *apoyo* no es el único motivo por el cual se relacionan las instituciones. Como toda institución legal, existen *límites* a lo que mediante el arbitraje puede lograrse. Y la judicatura también entra en juego en dicho contexto. Es decir, además de *empujar*, la judicatura *detiene*. Detiene cuando mediante el arbitraje se pretende rebasar un límite. ¿Qué límite? El que la jurisdicción en cuestión establezca como tal.⁸ En esto se parece a la institución del fraude a la ley: evita que mediante mecanismos *lícitos* se logren resultados *ilícitos*.

Es decir, la judicatura tiene un papel *ex ante* y *ex post*. *Ex ante*, colabora para dar eficacia. *Ex post*, ejerce control. Pero cada uno tiene un régimen delicadamente calibrado para que la maquinaria arbitral funcione. Debe *entenderse* para *aplicarse* de una forma que el *método* no subvierta el *fin*.

Postulo que el juez estatal:

1. Como regla, coopera con el arbitraje. Como excepción, controla.
2. Es parte de un sistema que llamaré el “orden jurídico arbitral” siguiendo a Emmanuel Gaillard.⁹

Dicho postulado se basa en dos premisas:

- a) El paradigma actual de la deslocalización del arbitraje; y
- b) El papel del juzgador dentro del sistema arbitral.

A continuación se desarrollan.

⁸ Por ejemplo, mediante la permisón a arbitrar mediante el concepto de arbitrabilidad.

⁹ ASPECTS PHILOSOPHIQUES DU DROIT DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL, Académie de Droit International de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008.

IV. DESLOCALIZACIÓN

Un tema recurrente en el desarrollo del arbitraje ha sido la doctrina del “arbitraje deslocalizado”.¹⁰ La teoría postula que el arbitraje, como mecanismo idóneo para resolver problemas suscitados por las relaciones jurídicas transnacionales, debería estar regulado por normas *transnacionales*, que no se vieran afectadas por normas aplicables a procedimientos *locales*.

El objetivo de la entelequia es fomentar un ideal que, salvo algunas excepciones, no se ha logrado: el lugar físico en donde tiene lugar un arbitraje debe ser irrelevante para efectos de su efectividad. Se trata de un mecanismo auténticamente internacional. En un mundo en donde las fronteras importan cada vez menos, las mismas (y la divergencia regulatoria que generan) no deberían incidir en el mecanismo que busca resolver controversias derivadas de relaciones transnacionales.

La deslocalización es un resultado de la internacionalización, y surge de la idea que partes de diferentes países, con la finalidad de alcanzar neutralidad, desean evitar en la mayor medida posible la intervención de sus respectivas cortes estatales y la aplicación de las leyes de sus respectivos países.¹¹

El logro del ideal exigiría que el arbitraje estuviera totalmente autocontenido. Totalmente emancipado y desligado de tal manera que su funcionar no dependa de legislaciones y tribunales nacionales. Paradójicamente, es en esta concepción donde la teoría encuentra al mismo tiempo su aspecto más progresivo (y emocionante) y su Talón de Aquiles.¹² La postura que ha prevalecido en el diseño del derecho arbitral es que es necesario contar con *cierta* intervención de alguna judicatura para lograr los

¹⁰ También conocido como “a-nacional”, “transnacional”, “desnacionalizado”, “sin derecho” y “flotante”.

¹¹ Pierre Mayer, THE TREND TOWARDS DELOCALIZATION IN THE LAST 100 YEARS, en Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, Graham & Trotman/Nijhoff, 1993, pg. 37.

¹² La progresividad de la teoría obedece a que en la mayoría de los casos la aplicación de un derecho arbitral nacional es innecesario. Un tribunal arbitral puede tener la función de conducir el arbitraje en su mayoría, sin necesidad de recurrir a un derecho nacional. Dicha posibilidad ha dado lugar a que se emitan laudos desligados de cualquier sistema jurídico, lo cual se ha bautizado como “laudos flotantes” (*floating awards*). (Jan Paulsson, ARBITRATION UNBOUND: AWARD DETACHED FROM THE LAW OF ITS COUNTRY OF ORIGIN, 30 *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, pg. 358; Jan Paulsson, DELOCALIZATION OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: WHEN AND WHY IT MATTERS, 32 *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, pgs. 53-61.)

finés últimos del arbitraje. Y el punto de conexidad escogido para determinar qué judicatura es la relevante es la *sede*: el vínculo jurídico entre un tribunal arbitral y un derecho arbitral.

La moraleja: el paradigma actual es que la judicatura juega un papel importante en el sistema arbitral. ¿Pero en qué consiste?

V. NATURALEZA DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN ARBITRAJE

Entendido que en el diseño de la infraestructura jurídica arbitral el pilar judicial juega un papel importante, la pregunta es obligada: ¿cuál es su naturaleza? ¿Se trata de una relación de subordinación? ¿De control? ¿De cooperación? Deseo dar una doble respuesta:

1. La relación es de *cooperación* como *regla*, y *control* como *excepción*.
2. Existe un orden jurídico arbitral internacional que norma el contenido de esta relación.

Fundamentaré cada una.

A. COMO REGLA, EL JUEZ COOPERA. COMO EXCEPCIÓN, CONTROLA

1. El modelo conceptual

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

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

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

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

En los casos de asistencia, la interpretación y aplicación de las (taxativas) facultades que se le han dado deben estar salpicadas de una orientación funcional pro-

arbitraje. En los casos de control, dado su carácter excepcional, deben interpretarse en forma estricta, pues se trata de normas de excepción.

Ello da un elemento teleológico a la relación entre el árbitro y la judicatura. Se vislumbra como una forma de hacer eficaz al arbitraje completando su función con el *imperium* del juez nacional. Nótese que no busca establecer un *ad quem* o supervisor del árbitro; sino un colaborador.¹³

Dicha *ratio legis*, aunada al principio de definitividad del arbitraje, milita a favor de dar un alto nivel de deferencia al actuar de los tribunales arbitrales. Es decir, el ejercicio de sus facultades el juez debe ser medido, conservador.¹⁴

2. Fundamento

El marco jurídico mexicano del arbitraje está conformado por dos grandes pilares que juegan un papel distinto, pero complementario: (a) la Convención de Nueva York;¹⁵ y (b) la *lex arbitri*.¹⁶ La historia legislativa tanto de la Convención de Nueva York¹⁷ como la Ley Modelo de la UNCITRAL¹⁸ reflejan la intención de sus redactores de diseñar un esquema en el cual el papel de las judicaturas estatales fuera reducido y estuviera orientado a habilitar la posibilidad de procedimientos arbitrales en forma eficaz. Fue la necesidad de que el arbitraje tuviera eficacia, aunado a la naturaleza privada del mismo, lo que motivó darle un papel a la judicatura, orientado a colaborar y ejercer un control reducido.

¹³ Tan es así que la doctrina francesa — una de las más ricas del mundo en esta materia — alude al papel del juez como un ‘juez de apoyo’ (*juge d’appui*).

¹⁴ La tendencia mundial, particularmente en países avanzados en materia arbitral, es no intervencionista. Se limitan a realizar la revisión *a posteriori*: hasta el final del procedimiento arbitral, dándole mucha libertad de conducción al tribunal arbitral. (vid., Sigvard Jarvin, LA CONTESTATION JUDICIAIRE DU ROLE DES ARBITRES, en LES ARBITRES INTERNATIONAUX, Centre Français de Droit Comparé, Colloque du 4 février 2005, Société de Législation Comparée, p. 178).

¹⁵ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de junio de 1958 (*Convención de Nueva York*) (Diario Oficial de la Federación, 22 de junio de 1971).

¹⁶ El título IV del Libro V del Código de Comercio, inspirado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas el Derecho Mercantil (*Ley Modelo*).

¹⁷ UN DOC E/CONF.26/SR. 1-25.

¹⁸ A/CN.9/SR.305-333 y A/40/17.

a) *La Convención de Nueva York*

Los redactores de la Convención de Nueva York buscaron crear un documento que diera efectividad internacional al arbitraje. Para ello sondearon opciones diversas, una de las cuales fue apoyar el arbitraje ‘deslocalizado’. Dicha opción fue descartada¹⁹ a favor del arbitraje localizado: aquél regido por algún derecho y apoyado por alguna judicatura.

b) *El derecho arbitral nacional*

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

La forma de elegir un derecho arbitral nacional específico es mediante la designación de la sede del arbitraje.²⁰ La ‘sede’ es el punto de conexidad que determina el campo de aplicación del derecho arbitral y delimita la jurisdicción de los tribunales estatales con respecto a procedimientos arbitrales.

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

3. La regla: Casos de Cooperación

El juez nacional asiste al arbitraje en los siguientes casos:²¹

¹⁹ Van den Berg, Albert Jan, 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, p. 7.

²⁰ Lo que el artículo 1415 del Código de Comercio alude como el ‘lugar del arbitraje’.

²¹ Para abundar sobre cómo deben implementarse, véase González de Cossío, EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

1. Ejecución del acuerdo arbitral: la judicatura remite a las partes al arbitraje cuando una de ellas ha demandado *judicialmente*.²²
2. Constitución del tribunal arbitral: la constitución del tribunal arbitral puede requerir ayuda. El derecho arbitral mexicano se la da en los siguientes casos:
 - a) Designación de árbitro en ausencia de una de las partes;²³
 - b) Análisis de recusación;²⁴
 - c) Imposibilidad para actuar (cesación o remoción)²⁵; y/o
 - d) Designación de árbitro sustituto.²⁶
3. Medidas precautorias: en la emisión de medidas precautorias en asistencia de un tribunal arbitral,²⁷ incluyendo pruebas.²⁸
4. Costas: algunas jurisdicciones contemplan la posibilidad de asistencia en materia de costas.²⁹ En específico, en ausencia de reglamento arbitral, puede ser necesario obtener colaboración en su determinación y en el depósito para gastos.

4. La excepción: Casos de control

La participación de la judicatura como controlador se prevé *únicamente* en los siguientes casos:³⁰

1. Ejecución del acuerdo arbitral: en la remisión del arbitraje existe un control del juzgador: la determinación de nulidad, eficacia o imposible ejecución de un

²² Artículos II de la Convención de Nueva York y 1424 del Código de Comercio.

²³ Artículos 11(4) de la Ley Modelo y 1427 del Código de Comercio.

²⁴ Artículos 13(3) de la Ley Modelo y 1429 del Código de Comercio.

²⁵ Artículos 14 de la Ley Modelo, 1430 y 1431 del Código de Comercio.

²⁶ Artículos 15 de la Ley Modelo y 1431 del Código de Comercio.

²⁷ Artículos 9, 17 y 17A – 17J de la Ley Modelo y 1425 del Código de Comercio.

²⁸ Artículos 1444 del Código de Comercio.

²⁹ Por ejemplo, en el caso mexicano, artículos 1452 a 1456 del Código de Comercio.

³⁰ Artículos 5 de la Ley Modelo y 1421 del Código de Comercio.

acuerdo arbitral.³¹ Es un régimen de excepción que busca evitar que la infraestructura que da efectos al acuerdo arbitral sea utilizada para canalizar al arbitraje casos inapropiados.

2. Costas: imbuido en el régimen de asistencia en materia de costas existen disposiciones que buscan limitar determinaciones exageradas de costas por los árbitros.³²
3. Nulidad, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral: el análisis de validez del laudo arbitral realizado dentro del contexto de la nulidad o ejecución del laudo arbitral es *in natura* un control.³³

5. Principio general: no intervención

Fuera de los casos expresamente aludidos, rige un importante principio: el de no intervención.³⁴

B. EL ORDEN JURÍDICO ARBITRAL

Grosso modo, existen tres maneras de concebir al arbitraje:³⁵

1. *El arbitraje es parte de un orden jurídico estatal*: bajo esta teoría, se asimilaría al arbitraje a un juicio más y al árbitro a un juzgador local, el de la sede.
2. *El arbitraje se funda en la pluralidad de órdenes jurídicos estatales*: el arbitraje encuentra su fuente de juridicidad no en *un* sistema jurídico, sino en el *conjunto* de sistemas jurídicos que están dispuestos a darle eficacia al laudo arbitral, dondequiera que haya sido emitido.
3. *El orden jurídico arbitral*: el arbitraje encuentra su fuente de juridicidad no en un orden jurídico estatal (el de la sede) sino el ‘orden jurídico arbitral’: el

³¹ Artículos II de la Convención de Nueva York y 1424 del Código de Comercio.

³² Por ejemplo, en el caso mexicano, el artículo 1454 del Código de Comercio establece la posibilidad de consultar al juez si las costas son ‘apropiadas’.

³³ Artículos 34 y 35 de la Ley Modelo, 1457 y 1462 del Código de Comercio.

³⁴ Artículos 5 de la Ley Modelo y 1421 del Código de Comercio.

³⁵ Gaillard, ob cit, p. 34, 46, y 60.

árbitro imparte justicia no a nombre de un Estado sino a nombre y al servicio de la comunidad internacional.

Es de admitirse que existen elementos para defender todas las posturas anteriores. Deseo abogar en favor de la tercer vertiente, aquella que defiende la existencia de un orden jurídico arbitral, similar al “Derecho Transnacional” que defendía Philip C. Jessup, anterior Juez de la Corte Internacional de Justicia, como común a todos los Estados de la comunidad de naciones. Son muchos los motivos. Se reducen a dos genéricos. Primero, es la mejor (y más vanguardista) manera de concebir el arbitraje y los procesos que sigue. Segundo, por sus efectos, a los que ahora me aboco.

VI. IMPLICACIONES

De preferirse la teoría del orden jurídico arbitral se propiciarán tres resultados positivos:

1. Una retroalimentación y enriquecimiento mutuo entre las diversas jurisdicciones involucradas en el orden jurídico arbitral;
2. Un mejor entendimiento de porqué el arbitraje muestra formas distintas de resolver controversias; y
3. Una implementación adecuada de las facultades del juez de la sede.

Dado el foro, me concentraré en ésta última.

De los dos postulados anteriores fluyen consecuencias importantes del lado de la judicatura:

1. Se verá con buenos ojos las divergencias de métodos existentes en el arbitraje.³⁶
2. Se hará un uso adecuado de las facultades del juzgador en el sistema arbitral. Cuando se trate de *cooperar*, el criterio orientador de cómo ejercer la facultad será la *eficacia*. Cuando se trate de *controlar*, el criterio orientador será

³⁶ Que pueden ser importantes. Por ejemplo, la forma en que se sigue el proceso, en que se resuelven problemas procesales, en que se admiten y valoran pruebas, y en que se construyen los laudos.

protección de algún interés social o particular. Y ello tiene manifestaciones importantes.³⁷

3. Influirá en la forma en que se colman lagunas.
4. Las dudas serán resueltas de mejor manera.

Las últimas dos podrían parecer banales. Distan de ello. Las predisposiciones juegan un papel fundamental en el juzgar. Y es en dicho contexto, en el subconsciente jurídico del juez nacional, donde la correcta concepción y predisposición hacia la institución verá los frutos más palpables.

Un ejemplo reciente es ilustrativo. El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el amparo en revisión 274/2008, adoptó una teoría digna de ser erigida como ejemplo. Resolvió que es posible reconvenir la ejecución del laudo en un procedimiento de nulidad. Al hacerlo, hizo el siguiente razonamiento:

tanto el reconocimiento y ejecución de laudo como su nulidad constituyen pretensiones con sustantividad y finalidad propias, que son a la vez el reflejo positivo o negativo de la misma causa e hipótesis por la cual, de surtirse, procedería negar la ejecución del laudo o declarar su nulidad y por ende, en su caso, ordenar su ejecución.³⁸ ...

Las causas ... de anulación del laudo arbitral se encuentran comprendidas, mutatis mutandi, en el artículo 1462 del Código de Comercio que alude a los casos en que se debe denegar la petición de reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, aunque existe una causa más³⁹ ...

las causas de nulidad del laudo son a la vez motivos para negar la ejecución, y por ende, no hay base lógica para negar la procedencia de la reconvencción y que sea en una misma resolución la que decida sobre esos aspectos.⁴⁰ ...

³⁷ Por ejemplo, ello evitaría la aplicación mecánica de causales de nulidad o no ejecución. Si no se demuestra lesión a un derecho, entonces—aún en estricta presencia de una causal—el juzgador podría ejercer su discreción para no anular o para reconocer y ejecutar el laudo. (El tema es complejo y debatido. Para abundar, véase González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 2004, p. 434 *et seq.*)

³⁸ Página 61 de la Sentencia.

³⁹ Página 64 de la Sentencia. En forma interesante, el *a quo* había negado la reconvencción esgrimiendo en esencia dos argumentos. Uno textual y uno teleológico. El textual era que el derecho aplicable (art. 1460 del Código de Comercio y 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles) no incluía la posibilidad de reconvenir. El teleológico: velocidad. Si se permitía, se retrazaría el procedimiento de nulidad. El Colegiado utilizó argumentos similares para llegar a la postura contraria. El derecho aplicable (considerado en su enteridad) sí contenía la posibilidad de la reconvencción (citando para ello derecho arbitral: art. 1417.III del Código de Comercio). Y el objetivo de velocidad se vería logrado pues se evitaría la necesidad de tener que enderezar una segunda acción: la ejecución del laudo. (Para abundar sobre esto, ver Postura del Instituto Mexicano del Arbitraje (www.imarbitraje.org.mx))

⁴⁰ Página 65 de la Sentencia.

Como suele suceder, una vez adoptadas, las soluciones tienden a esconder la complejidad del problema enfrentado. El antecedente de ésta decisión era un problema que mermaba la eficacia del arbitraje: la necesidad de litigar dos veces las mismas causales: en el juicio de nulidad y en la ejecución del laudo. El problema había atraído la atención de varios practicantes.⁴¹ La respuesta del Tercer Colegiado es más creativa y eficaz. Un caso particular de una buena predisposición al arbitraje.

VII. COMENTARIO FINAL

Este estudio pone la lupa sobre un tema importante, con frecuencia malentendido. Para dilucidar, se presenta un modelo conceptual basado en dos premisas:

1. Como regla, la relación entre la judicatura y un arbitraje no es de *control*; es de *colaboración*.
2. El juez nacional es parte del orden jurídico arbitral.

El juez y el árbitro no compiten. *Cooperan*. Son dos engranes de una maquinaria que constituye tecnología jurídica de punta. En la medida que ello se entienda se logrará la sinergia con la que fue diseñada. El ganador inmediato: el Estado de Derecho. El mediato: la competitividad.

No es exageración. Si el instrumento más exitoso para resolver controversias se efficientiza, ello redundará en beneficio de todos.

⁴¹ Yo admito haber propuesto una solución en ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 2004, p. 433 (rubro “Interrelación entre el procedimiento de nulidad y de reconocimiento y ejecución: ¿examen *de novo* o fuerza de cosa juzgada?”).