

EJECUCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL: AÚN UN PRISMA OPACO

Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	EL RÉGIMEN	1
III.	PROBLEMAS.....	5
	1. SUB-EJECUCIÓN	5
	2. SOBRE-EJECUCIÓN	5
	3. MAL RAZONAMIENTO.....	5
IV.	COMENTARIO FINAL	7

I. Introducción

La ejecución del acuerdo arbitral es importante. Redunda en la eficacia del arbitraje.

La práctica mexicana es plausible. La contundente mayoría de los acuerdos arbitrales son ejecutados en forma rápida y eficaz. Sin embargo, han existido instancias de tropiezo. A continuación se comentan con la finalidad de decantar lecciones que fomenten la correcta ejecución del acuerdo arbitral.

II. El régimen

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

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.

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx). Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

La norma que contiene refleja mucho debate y meditación. Como toda regla, establece un justo medio entre sus objetivos y riesgos. Éstos se explicarán con la finalidad de ilustrar su correcta implementación.

Comencemos con el *objetivo*. El precepto busca el respeto de la decisión de las partes de acudir al arbitraje. Para ello, contiene no sólo una *facultad*; sino una *obligación*.¹ Y va dirigida a la judicatura: remitir a las partes al arbitraje. No contiene *discreción*. Es—como se dijo—una *obligación*. No hay potestad.

La obligación se detona cuando alguien pide que la facultad se ejerza. Ello es el resultado de la frase “remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas”. Dicha precondition está pensada con cuidado. Busca dar la posibilidad a las partes de que acuerden no arbitrar, no obstante la existencia de un acuerdo arbitral. Entendido así, una demanda en el foro judicial sería entendida por el demandado como una ‘invitación’ a litigar en vez de arbitrar. Suponiendo conocimiento de derecho arbitral, el destinatario de la demanda puede escoger litigar o arbitrar. ¿Porqué habría de hacerlo? Hay casos que no son para arbitraje.² Si la relación jurídica de las partes ligadas por un acuerdo arbitral genera una disputa que no justifique ser arbitrada, éste mecanismo ofrecería una opción viable.³ Ello evitaría que el arbitraje se convierta en una camisa de fuerza.

Conclusión: la remisión no es *ex officio*, sino *ex parte*.

¹ Así se le concibe bajo el marco del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York de 1958.

² Ha sucedido que, siendo una buena idea contemplar un acuerdo arbitral en una relación jurídica contractual, la disputa que de ella surja no lo justifique. Por ejemplo, una cobranza. O cualquier caso que no sea complejo o cuantioso.

³ Dicho sea de paso, esta problemática—que llamaré ‘el tiro de culata del acuerdo arbitral’—ha merecido iniciativas diversas en diferentes jurisdicciones. El motivo obedece a la frecuencia con la que sucede. Entendido el mecanismo descrito, que fue considerado al diseñar la norma, las iniciativas son innecesarias. El precepto fue calibrado para brindar una solución. El bisturí legislativo es por ende innecesario.

Realizada la petición, el juez *tiene* que remitir *de inmediato*. Como se dijo, es una *obligación*. Pero además, tiene que tener lugar sin que medie tiempo o promoción alguna. Así fue pensado el precepto. Esto ha generado dudas. Merece una explicación. Cualquier opción distinta a esto constituye una falta de respeto a la decisión de las partes de someterse al arbitraje. Durante la redacción del precepto se examinó la posibilidad de que el acuerdo arbitral fuera inválido o inexistente. Ello propició la última oración, a la que me aboco después. En este contexto, lo importante es señalar que la ejecución del acuerdo arbitral debe ser *inmediata*. No debe existir intercambio documental alguno. Hacerlo denota la decisión de arbitrar. Hace que para *arbitrar* sea necesario *litigar*; una ironía si se recuerda que la elección de arbitrar supone el deseo de no litigar.

Pasemos ahora a la excepción. La última oración del primer párrafo dice “a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. Esta frase ha generado confusión. No sólo eso, ha propiciado la única decisión judicial mexicana equivocada sobre derecho arbitral.⁴ A su vez, ha dividido a expertos.⁵ Explicaré su objetivo y mecánica.

El objetivo del precepto es que casos que no deben ser sometidos al arbitraje, lo sean. Sin dicha oración, no habría manera de evitar una aplicación miope del deber de remitir al arbitraje. ¿Cuándo habría una remisión miope?

⁴ Contradicción 51/2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de enero de 2006.

⁵ El debate que generó en el INSTITUTO MEXICANO DEL ARBITRAJE duró más de un año. Una digresión es procedente. El IMA es una asociación civil dedicada al estudio del Derecho Arbitral. Es una ‘ONG-arbitral’. En palabras de Alejandro Ogarrío busca fomentar “el derecho arbitral en su composición químicamente pura”. Dentro de sus objetivos ha procurado hacer ‘Posturas’ (pronunciamientos) sobre todas las decisiones judiciales sobre arbitraje, así como otros temas. (www.imarbitraje.org.mx/posturas) La que más tiempo y edición tomó fue la que versa sobre este tema. El debate que propició tuvo el efecto de intercambiar perspectivas diferentes para llegar a una noción correcta, particularmente dada su membresía, que es diversa, lo cual hace que sus posturas sean nutridas y cuidadosamente pensadas. (Debo admitir que lo aquí explicado con respecto al error de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no refleja el acuerdo de todos. Es mi opinión particular.)

Piéñese por ejemplo en el caso en que una disputa ya ha sido ventilada en arbitraje y existe un laudo que condena a *A* a pagar a *B*. Si *A* vuelve a demandar a *B* por lo mismo, en ausencia de dicha oración las partes serían remitidas al arbitraje, por lo que *B* tendría que participar en la constitución de un tribunal arbitral, con el tiempo y costo que ello implica, para que el tribunal decida que existe un laudo que es *res iudicata*. Y ello puede continuar *ad infinitum*.

La moraleja se torna evidente. El arbitraje puede ser utilizado abusivamente. Sin la oración descrita, que hace las veces de una válvula de escape, no habría manera de judicialmente detener abusos.

Entendido el riesgo, el orfebre legal talló la norma como si fuera un diamante confeccionando tres excepciones a la regla de remisión: ‘nulidad’, ‘eficacia’ o ‘imposibilidad de ejecución’. Se trata de términos de arte. Cada uno de dichos conceptos tiene un significado especial bajo la *lex arbitri*, que no es objeto de esta nota.⁶ Lo que sí es objeto es entender su mecánica. El juez remite para que el árbitro *conozca*. Así lo quisieron las partes. En la medida en que el juez no remita, o imbuya la remisión con requisitos o pasos no contemplados por la norma,⁷ merma la eficacia del arbitraje y contradice la decisión de las partes de arbitrar.⁸

⁶ Para indagarlo, véase ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, p. 92 *et seq.*

⁷ Nótese que la norma no establece requisito alguno.

⁸ De hecho, este es en esencia el error que comete la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006 (“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). Desconoce la mecánica descrita haciendo que la regla devore la excepción. Para saber porqué, véase ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, México, D.F., Ed. Porrúa, 2007, p. 24 *et seq.*; así como KOMPETENZ-KOMPETENZ A LA MEXICANA. CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA (www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

III. Problemas

Aunque como generalidad la práctica refleja una correcta ejecución del acuerdo arbitral, se detectan algunas—es de admitirse excepcionales—instancias de error. Son clasificables en casos de (1) sub-ejecución; (2) sobre-ejecución; y (3) errores de razonamiento. Los abordaré por separado.

1. Sub-ejecución

En un caso el juzgador, en respuesta a la excepción del demandado donde hizo valer la existencia del acuerdo arbitral, exigió un intercambio entre las partes.⁹ Su preocupación: de lo contrario, mediante la simple remisión al arbitraje, se violaría la garantía de audiencia del demandante.

2. Sobre-ejecución

En otro caso el juez remitió al arbitraje *motu proprio*, sin que haya mediado solicitud de parte.¹⁰

Aunque a primera impresión ello puede parecer pro-arbitraje, se descuida que la norma está diseñada para permitir que las partes puedan litigar, no obstante la existencia del acuerdo arbitral. Por ende, la remisión precoz tiene el efecto de restarles dicho derecho.

3. Mal razonamiento

En un juicio ordinario mercantil reciente se remitió a las partes únicamente en base al razonamiento que la vía no era la correcta.¹¹ Desechando argumentos de incompetencia,¹² y citando una multitud de tesis sobre la necesidad de analizar de oficio la vía por ser un presupuesto procesal, el tribunal federal

⁹ Exp. 1234/08.

¹⁰ Exp. 1009/2007.

¹¹ Exp. 148/209-A, auto del 18 de junio del 2009.

¹² Razonó que no es una cuestión de incompetencia (en dicho caso, por declinatoria).

declaró la terminación del juicio. La única referencia a derecho arbitral escrito¹³ o casos¹⁴ fue en el sentido que (*sic*):

“Sin embargo, tomando en cuenta que el suscrito juez desconoce qué tribunal de arbitraje es el que en todo momento deberá conocer y dirimir esta controversia, aunado al argumento que expuso el actor, en el sentido que la solicitud del demandado, de remitir este asunto al Centro de Arbitraje de México, implica la obligación de la demandada de brindar todos y cada uno de los elementos bastantes y necesarios para que esta controversia sea admitida por dicho Centro de Arbitraje, en particular, el pago del arancel correspondiente: por tanto, atento a lo anterior, se dejan a salvo los derechos de las partes para que en términos del Título Cuarto del Código de Comercio puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento del contrato base de la acción ...”

El error de este juzgador es triple. Primero, se basó en derecho distinto para llegar a la (correcta, es de admitirse) solución. Es decir, aunque la conclusión fue correcta, la premisa no lo era.

Segundo, razonó que tenía que conocer qué tribunal de arbitraje es el que conocerá de la controversia. Dicho requisito es ausente en derecho arbitral. Lo que es más, es de imposible cumplimiento: el tribunal arbitral se constituye una vez iniciado el arbitraje (algo inexistente en la hipótesis).

Tercero, indicó que la solicitud de remisión “implica la obligación de la demandada de brindar todos y cada uno de los elementos bastantes y necesarios para que esta controversia sea admitida por [el Centro de Arbitraje de México]”. Otro requisito inexistente en derecho arbitral para remitir.

¹³ Artículo 1424 del Código de Comercio.

¹⁴ Citó la siguiente tesis: “REMISIÓN AL ARBITRAJE. MOMENTO PROCESAL EN QUE EL JUEZ DEBE PRONUNCIARSE.” Re 176472, Novena época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Gaceta XXII, diciembre de 2005, p. 2754. Tesis I.3C504 C amparo en revisión 14/2005.

IV. Comentario final

Como regla, el acuerdo arbitral es ejecutado eficazmente en México. Excepcionalmente, han ocurrido errores en su aplicación, que son mejor percibidos como parte del proceso de aprendizaje.

Es con dicho trasfondo que se emite esta nota: *identificar y comentar para erradicar*.