



GONZALEZ DE COSSIO ABOGADOS, S.C.

CRÓNICA DE ARBITRAJE EN MÉXICO, 2008

Francisco González de Cossío

| | | |
|------|---|----|
| I. | INTRODUCCIÓN | 2 |
| II. | EJECUCIÓN DE ACUERDOS ARBITRAJES: DE <u>SUB</u> -EJECUCIÓN A <u>SOBRE</u> -EJECUCIÓN..... | 2 |
| III. | EJECUCIÓN DE LAUDOS | 3 |
| A. | CONCLUSIÓN DE LA SAGA <i>INFORED</i> | 3 |
| 1. | <i>Trayectoria Procesal</i> | 3 |
| a) | Resumen | 3 |
| b) | La nulidad | 4 |
| c) | El Amparo | 4 |
| d) | El Recurso ante la Corte | 5 |
| e) | Sentencia Final | 5 |
| 2. | <i>Impacto del Caso</i> | 5 |
| a) | Una golondrina que quiso hacer primavera..... | 5 |
| b) | Generalizando a partir de la excepción | 6 |
| c) | Contextualizando | 6 |
| B. | CAUSALES DE NULIDAD | 6 |
| 1. | <i>Orden público</i> | 6 |
| 2. | <i>Falta de debido proceso</i> | 7 |
| IV. | RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS..... | 8 |
| A. | INTRODUCCIÓN..... | 8 |
| B. | LOS CASOS..... | 8 |
| 1. | <i>Legitimación</i> | 8 |
| 2. | <i>Renuncia</i> | 9 |
| C. | EL MÉTODO | 9 |
| D. | CONCLUSIÓN | 9 |
| V. | RESPONSABILIDAD DE INSTITUCIONES ARBITRALES | 9 |
| A. | INTRODUCCIÓN..... | 9 |
| B. | LOS CASOS | 9 |
| VI. | COMENTARIO FINAL | 10 |

González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro y abogado postulante en casos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje (incluyendo Arbitraje de Inversión), Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho; Coordinador del Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; miembro del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte; representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; miembro del Instituto Mexicano del Arbitraje; miembro del *International Arbitration Institute*; miembro del 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. INTRODUCCIÓN

Este estudio ha sido preparado con miras a comentar experiencias sobre arbitraje en México durante la reunión en París del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional el 29 de septiembre de 2008.

Se centra en desarrollos *recientes*, dejando a un lado los diversos temas que en el último lustro se han puesto sobre la mira.¹

II. EJECUCIÓN DE ACUERDOS ARBITRAJES: DE SUB-EJECUCIÓN A SOBRE-EJECUCIÓN

El derecho arbitral mexicano está diseñado para que la remisión al arbitraje tenga lugar *ex parte*;² no *ex officio*.³

En fechas recientes la predisposición positiva de la judicatura hacia el arbitraje ha tenido como lugar exceso: en algunos casos se observa que el juez remite a las partes al arbitraje en forma inmediata, *aún sin contar con el impulso procesal de la contraparte*.

Ab initio, el desarrollo parece positivo. Después de todo, si existe un acuerdo arbitral, debe ser respetado. Por ende, la postura parecería merecer aplauso. Sin embargo, el régimen está confeccionado para permitir que el caso se litigue ante la judicatura en caso que la parte demandada judicialmente así lo acepte.

Dicho de otra manera, el derecho a arbitrar es justamente eso: un *derecho* a exigir que la contraparte en la relación contractual cumpla con el mismo. Pero como todo derecho, encierra una *potestad* que, de no ser ejercida, debe entenderse renunciada.

Y el derecho arbitral así lo contemple. Ello habla de sofisticación. Después de todo, puede suceder que, si bien la relación contractual justificaba arbitraje,⁴ la controversia *in casu* puede no justificarlo.⁵ De allí que el régimen existente esté bien calibrado: permite que las partes lleven su controversia a tribunales estatales cuando así lo prefieren, no obstante la existencia del acuerdo arbitral.

Es decir, el acuerdo arbitral es una *herramienta*, no un *obstáculo*.

¹ Para abundar sobre ello, puede consultarse la Nota presentada por este autor para la reunión del Grupo Latinoamericano de la CCI de 2007 en Río de Janeiro, donde se hace una prognosis de todas las áreas de desarrollo hasta la fecha (disponible en www.gdca.com.mx/estudios/arbitraje).

² Artículo II de la Convención de Nueva York y Artículo 1424 del Código de Comercio, que emula la ley modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.

³ El texto dice: “**El juez** al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, **remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas**, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

⁴ Por ejemplo, por ser una compleja o importante monetariamente.

⁵ Por ejemplo, por que el monto en disputa no sea importante.

Entendido así, una demanda ante un juez local no obstante la existencia de un acuerdo arbitral es una invitación del actor hacia el demandado a litigar en vez de arbitrar. Es el derecho del demandado aceptar o no. Al *sobre-ejecutar* el acuerdo arbitral, los tribunales nacionales merman este derecho.

III. EJECUCIÓN DE LAUDOS

A. CONCLUSIÓN DE LA SAGA *INFORED*

No obstante el extraordinario resultado en la ejecución de laudos arbitrales en México, existía un caso que había atraído atención negativa: el caso *Infored v Grupo Radio Centro*.⁶ El motivo: se trató de un caso importante por sus actores, y de una pésima nulidad de un laudo arbitral.

Y como dice el viejo adagio: *los casos grandes hacen mal derecho*.

El caso se ha convertido en el Quijote arbitral mexicano. El motivo: todos hablan de él, pero nadie lo ha leído.

A continuación se realizará una reseña de lo acontecido con la finalidad de decantar las (verdaderas) lecciones que derivan del mismo.

1. Trayectoria Procesal

a) *Resumen*

El caso *Infored* atravesó todas las instancias de la judicatura mexicana – y en más de una ocasión. En esencia, el laudo arbitral fue anulado, revivido (vía amparo), para luego—en apelación—ser dejado sin efectos por una decisión que confirmó la nulidad inicial. Atrajo la atención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la “Corte”) en dos momentos. Fue sólo en la segunda ocasión que conoció del caso y ordenó al tribunal de segunda instancia a tomar pasos que tuvieron por efecto revivir el laudo.

A continuación se resumirán las instancias y sus argumentos.⁷

⁶ Arbitraje CCI 12138/KGA. El autor fue Secretario del Tribunal Arbitral. Por respeto a mi deber de confidencialidad, esta nota únicamente menciona las cuestiones que han devenido públicas dado que el caso se litigó judicialmente, reflejando lo reportado por *inter alia* el Boletín de la Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO).

⁷ Lo aquí expuesto es un resumen de los aspectos más relevantes de cientos de páginas de argumentación e instancias procesales.

b) *La nulidad*

El laudo arbitral (de 30 de enero de 2004) que condenaba a Grupo Radio Centro, S.A.B. de C.V. fue anulado (“Nulidad”) por un juez local⁸ (“Juez de Nulidad”) puesto que consideró que los árbitros no eran expertos en la materia de la disputa.⁹

Dicha nulidad ha sido criticada puesto que (a) el derecho a solicitar la nulidad por dicha causal se había extinguido por tres motivos: (i) los árbitros sí eran expertos;¹⁰ (ii) la parte que solicitó la nulidad participó en la constitución del tribunal, teniendo toda la información sobre sus credenciales, y no ejerció el único derecho que existe para atacar dicha situación: la recusación; (iii) el derecho a usarla precluyó como resultado del derecho arbitral;¹¹ y el reglamento arbitral.¹² (b) la parte que solicitó la nulidad no esgrimió la causal. Es decir, el juez, después de rechazar todas las causales argumentadas, la incluyó *motu proprio*.

c) *El Amparo*

La Nulidad fue recurrida en amparo,¹³ lo cual prosperó (el “Amparo”).¹⁴ El motivo fue inexacta aplicación del derecho arbitral por el Juez de Nulidad.¹⁵

⁸ En materia arbitral existe jurisdicción concurrente entre las ramas federal y estatal. (Artículo 1422 del Código de Comercio.)

⁹ Sentencia en el caso 645/2004 de fecha 10 de noviembre de 2004.

¹⁰ El acuerdo arbitral establecía que los árbitros debían ser ‘expertos en la materia’. No hace alusión a qué materia. Y las materias involucradas eran múltiples (contratos, obligaciones, propiedad intelectual, etc.). Lo que es más, el arbitraje no involucró tema alguno de legislación de radio o comunicaciones. Fue meramente contractual. Ante ello, la determinación sobre falta de pericia *en radio* era inapropiada.

¹¹ Artículo 1420 del Código de Comercio.

¹² Artículo 33 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“Reglamento CCI”).

¹³ El amparo es un juicio especial que tiene por objeto revisar la constitucionalidad de actos de autoridades. Existen dos tipos: el *directo*, que es uni-instancial y se ventila ante Tribunales Colegiados de Circuito (artículo 158 de la Ley de Amparo) y el *indirecto*, que es bi-instancial: primero conoce un Juez de Distrito, luego Tribunales Colegiados de Circuito (artículo 114 de la Ley de Amparo). Todos son tribunales federales.

¹⁴ Sentencias 1123/2004 y 1092/2004 acumuladas.

¹⁵ En específico, el derecho arbitral fue inexactamente aplicado pues las partes habían (i) participaron en la constitución del tribunal, (ii) no ejerciendo su derecho a recusar; (iii) no se inconformaron cuando la Secretaría de la CCI envió el expediente arbitral ni cuando firmaron el acta de misión; (iv) La carga de la prueba con respecto a la falta de pericia de los árbitros no fue satisfecha; (v) el efecto de todos estos actos es que consintieron con el nombramiento de los árbitros. (pgs. 253 a 255 de la decisión R.C.311/2005-3 (“Sentencia Final”).

El Amparo fue recurrido ante Tribunales Colegiados.^{16,17} En dicha etapa procesal, se solicitó que la Corte atrajera el caso, lo cual rechazó.¹⁸ Ante ello, el Colegiado resolvió que el amparo era insuficiente para concederlo.¹⁹ Como resultado se dejó en vigor la Nulidad.²⁰

d) *El Recurso ante la Corte*

Infored, en ejercicio de un recurso especial,²¹ solicitó que la Corte analizara la decisión del Colegiado.²² La Corte revocó la sentencia del Colegiado argumentando que el tipo de amparo que procede para examinar el tema es indirecto.²³ Como resultado, el caso fue remitido al Colegiado para modificar la ejecutoria.

e) *Sentencia Final*

El 18 de junio de 2008 el (reconformado) Colegiado emitió una sentencia (a) confirmando el Amparo, y (b) ordenando al Juez de Nulidad que emita un sentencia en consecuencia, lo cual tiene por efecto sostener la validez del laudo arbitral.

El Juez de Nulidad cumplió el 11 de julio de 2008, declarando la validez y eficacia del Laudo.²⁴

Como resultado, *el laudo arbitral es válido.*

2. Impacto del Caso

a) *Una golondrina que quiso hacer primavera*

No obstante el buen récord en la ejecución de laudos en México, el caso *Infored* había ensuciado la (de otra manera buena) reputación de México como sede de arbitraje.

¹⁶ Específicamente, el Décimo Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito (el “Colegiado”).

¹⁷ El recurso que en ese entonces procedía es el juicio de amparo indirecto o bi-instancial (artículo 114 de la Ley de Amparo) como resultado de una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (contradicción de tesis 78/2007-PS, Registro No. 20873, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXVII Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Enero de 2008, pg. 330).

¹⁸ Resolución 1/2006-PS del 1 de marzo de 2006.

¹⁹ Razonando que el tipo de amparo que procede es *directo*, no *indirecto*, por lo que no analizó la sentencia del Juez de Distrito; únicamente el amparo.

²⁰ Sentencia 311/2005 de fecha 8 de junio de 2006.

²¹ Recurso de Revisión Constitucional, Exp. No. R.C. 311/2005-13, 3 de julio de 2006.

²² El argumento que hizo que la acción prosperaba fue que la sentencia del Colegiado que revocó la Nulidad interpretaba un precepto constitucional, lo cual permitía que la Corte conociera del asunto.

²³ Resolución 1225/2006 de fecha 30 de enero de 2007.

²⁴ Oficio 5513 remitido por el Juez Sexto de Distrito.

Ante ello, la declaración de validez del laudo es afortunada: corrige la (incorrecta) percepción que había generado.

b) Generalizando a partir de la excepción

Aunque *a los ojos del experto* la evaluación negativa adolecía de generalizar a partir de la excepción, *la perspectiva del lego* es importante: el caso erosionó la credibilidad del arbitraje en México.

c) Contextualizando

El resultado final debe ser puesto en perspectiva. Al tratarse de dos titanes de la industria de la radio mexicana, el caso mostró lo peor de las artimañas legales disponibles. Pero también lo mejor: *disipada la tormenta el laudo es válido* (!).

El caso *Infred* debe en lo sucesivo verse como el legitimador de la utilidad y funcionalidad del arbitraje en México. El motivo: dado lo que estaba en juego, y la cantidad (y habilidad) de argumentación que buscaba dejar sin efectos el laudo, el que el resultado haya sido positivo apuntala al arbitraje.

B. CAUSALES DE NULIDAD

En general, el contenido de las causales de nulidad es correctamente aplicado. Recientemente han existido desarrollos en dos causales importantes. A continuación se comentarán.

1. Orden público

La ejecución de un laudo puede ser negada en caso de que el mismo sea contrario al orden público del lugar de ejecución.²⁵ Así lo contemplan todas las legislaciones arbitrales. México no ha sido una excepción. Lo que es más, se observa que es la causal ‘de cajón’ utilizada por las partes que no han prevalecido en un procedimiento arbitral. Y la imaginación del litigante para encontrar una arista de orden público en casi cualquier materia ha mostrado ser envidiable.

Sin embargo, la táctica no ha sido exitosa. Si bien frecuentemente socorrida, su éxito ha sido virtualmente nulo. Y en cambio algunos casos han expresamente rechazado la

²⁵ Artículo V(2)(b) y 1457(I)(a) y 1462(II)(a) del Código de Comercio.

nulidad de laudos arbitrales que contenían algún elemento de orden público.²⁶ Los que es más, en dos casos recientes se empieza a percibir una definición correcta de orden público:²⁷

El orden público determina un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad; esta idea está asociada con la noción de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno.

En sentido técnico se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos, (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero.

De lo anterior se sigue que las leyes de orden público no se refieren necesariamente al derecho público como opuesto al derecho privado. Existen leyes de orden público que regulan instituciones del derecho privado las cuales son instituciones sociales fundamentales como el parentesco y el matrimonio.

El orden público funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico, es decir, el orden público es un mecanismo a través del cual el estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.

Por ende, se observa una incipiente pero importante —y plausible— tendencia a adoptar la postura minimalista del orden público.²⁸

2. Falta de debido proceso

Esta causal se ha prestado a abusos.²⁹ 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.

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

²⁷ Me veo imposibilitado a dar datos sobre el caso por motivos de confidencialidad. Sin embargo, vale la pena hacer notar que el texto citado es idéntico en ambos casos, los cuales no tienen nada que ver entre sí.

²⁸ Actualmente se está librando una batalla intelectual sobre el contenido de la noción 'orden público'. Generalizando, existen dos bandos: la tesis 'minimalista' del orden público y la tesis 'maximalista'. Bajo la *minimalista*, el papel del juez se debe limitar a cerciorarse que la ejecución del laudo no implique, de manera evidente y sin examen del fondo, una afronta grave a los valores fundamentales del foro. Bajo la *maximalista*, el juez debe analizar el laudo con más profundidad. En su extremo aboga por un examen crítico del razonamiento del árbitro con miras a evitar que haya violado el orden público (nacional o internacional).

²⁹ Artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York y artículos 1457(1)(b) y 1462(3)(b) del Código de Comercio.

Si bien la procedencia de la causal es dependiente de las circunstancias del caso,³⁰ en términos generales no ha sido exitosa. Algunos casos recientes lo han definido razonando:³¹

El objeto del artículo 1457 del Código de Comercio [precepto que regula la nulidad del laudo arbitral] es el asegurar que las partes de un acuerdo arbitral gocen de un mínimo de justicia e igualdad durante el procedimiento arbitral. Lo anterior incluye el derecho a que el procedimiento arbitral sea seguido en la forma establecida en el acuerdo arbitral y que tengan una oportunidad razonable de manifestar lo que a su derecho convenga.

El principio de “debido proceso” es similar al de “garantía de audiencia” utilizado en el ámbito constitucional mexicano y es la base de la credibilidad de cualquier método alternativo de solución de controversias y abarca tres cuestiones: el derecho a ser notificado del comienzo del procedimiento arbitral; el derecho de las partes a tener una participación activa en el procedimiento arbitral; y, audiencia de irregularidad seria que merme su oportunidad de hacer valer sus derechos.

La definición es de aplaudirse.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS

A. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes el tema de la responsabilidad del árbitro ha sido ventilado, arrojando un resultado positivo.

B. LOS CASOS

Dos casos involucraron una demanda en contra del árbitro como parte de la solicitud de nulidad del laudo. Mientras que en uno el concepto por el que se demandó al árbitro simplemente fue que falló a favor de la otra parte, sin que se aduciera un motivo verosímil sobre porqué debía ser responsable, el segundo involucró un error por parte del árbitro.³²

En ambos casos los tribunales sostuvieron que los árbitros no son responsables. Los motivos fueron: (1) falta de *legitimatío ad caussam*; y (2) la exclusión de responsabilidad contenida en el reglamento arbitral.

1. Legitimación

Los tribunales razonaron que no existía responsabilidad puesto que los árbitros carecen de *legitimatío ad caussam*: es decir, no son destinatarios de las obligaciones sustantivas.³³

³⁰ Para abundar, véase, ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, *ob. cit.*, pgs. 69 et seq.

³¹ Me veo impedido de citar el caso por motivos de confidencialidad.

³² Me abstengo de dar detalles por motivos de confidencialidad.

³³ Bajo derecho mexicano, la *legitimatío ad caussam* se distingue de *legitimatío ad processum*, definida como la posibilidad de ser parte en el proceso.

2. Renuncia

Los tribunales analizaron la validez de la exclusión de responsabilidad contenida en el reglamento arbitral, la cual es similar a las que contienen todos los reglamentos arbitrales modernos. Al hacerlo, el juez razonó que la misma estaba basada en el principio general de derecho contractual *pacta sunt servanda*. La exclusión es tan válida como cualquier otra disposición contractual. No existió motivo para restarle validez.

En forma importante, no se argumentó (ni ventiló) dolo.³⁴

C. EL MÉTODO

Los casos son plausibles no sólo en cuando a *resultado*, sino también *método*. En su razonamiento, los tribunales desplegaron un alto nivel de deferencia tanto al proceso arbitral como a las decisiones de los árbitros.

Al analizar la validez de la cláusula de exclusión de responsabilidad los reglamentos arbitrales fueron analizados bajo la óptica de su naturaleza contractual, y dicha perspectiva parece extenderse al arbitraje en general.³⁵

D. CONCLUSIÓN

Aunque algunos expertos habían tomado posturas al respecto,³⁶ a la fecha el tema estaba abierto, ningún tribunal mexicano lo había analizado.

Las decisiones reportadas son por ello un desarrollo positivo. Más aún, constituyen aún otro mensaje positivo de la judicatura mexicana *vis-à-vis* el arbitraje.

V. RESPONSABILIDAD DE INSTITUCIONES ARBITRALES

A. INTRODUCCIÓN

La práctica de demandar a las instituciones arbitrales tenía lugar sea por error o como táctica dilatoria. En fechas recientes dos casos han arrojado un desarrollo positivo.

B. LOS CASOS

³⁴ Bajo derecho mexicano las cláusulas de exclusión de responsabilidad no se extienden a dolo. El alcance de dolo es objeto de debate, pero existe consenso que abarcaría corrupción y negligencia grave.

³⁵ Esto último es la percepción particular del autor.

³⁶ Tanto **José María Abascal Zamora** (EN BUSCA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL (A LA LUZ DE LAS RESOLUCIONES DEL PODER JUDICIAL FEDERAL), Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, Julio 2005, pg. 1), **Carlos Loperena Ruíz** (EN BUSCA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL, *ob. cit.*, pg. 14), **Alejandro Ogarrio Ramírez España** (debates en el Congreso X Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Monterrey, 2005), **Cecilia Flores Rueda** (EN BUSCA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL, *ob. cit.*, pg. 1) y **Francisco González de Cossío** (ARBITRAJE Y LA JUDICATURA, Ed. Porrúa, 2007, pgs. 111 *et seq.* y EL ÁRBITRO, Ed. Porrúa, 2008, pgs. 114 *et seq.*).

Los casos involucraron una demanda en contra *inter alia* de la institución arbitral como parte de la solicitud de nulidad de un laudo arbitral.³⁷

Al ventilar la pretensión, el juez distinguió entre legitimación *procesal* y legitimación *en la causa*.³⁸ Al hacerlo, determinó enfáticamente que la institución arbitral carece de legitimación en la causa, por lo que no es (ni puede ser) responsable por el laudo.

VI. COMENTARIO FINAL

El arbitraje en México ha entrado su etapa madura. No sólo por el volumen de casos, sino por la calidad de debate académico, profesional y judicial que está teniendo lugar. 2008 ha presenciado el análisis de temas importantes que sirven para transmitir el pulso del desarrollo del arbitraje en México.

Como puede verse, los resultados han sido plausibles. Las nubes se han despejado en el cielo arbitral mexicano.

³⁷ De nuevo, omito detalles por motivos de confidencialidad.

³⁸ En forma similar a lo descrito en la sección anterior con respecto al árbitro.