



GONZALEZ DE COSSIO ABOGADOS, S.C.

CRÓNICA DE ARBITRAJE EN MÉXICO, 2013

*Francisco González de Cossío **

I.	ALCANCE DE ACUERDOS ARBITRALES.....	2
II.	ORDEN PÚBLICO.....	5
A.	POSITIVOS	6
1.	<i>Nivel de revisión</i>	6
2.	<i>Eco judicial de una definición doctrinal que cita estándares internacionales</i>	7
3.	<i>Definición de la Suprema Corte de Justicia</i>	8
B.	NEGATIVO	9
1.	<i>Antecedentes: el caso, los amparos y la nulidad de laudo</i>	9
2.	<i>Comentario.....</i>	10
III.	ÁRBITRO COMO AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL AMPARO	11
A.	MODIFICACIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS EN FORMA UNILATERAL Y OBLIGATORIA	11
B.	ACTOS EQUIVALENTES A LOS DE AUTORIDAD.....	12
C.	FUNCIONES DETERMINADAS EN NORMA GENERAL	12
D.	COMENTARIO.....	12

Esta nota resume los desarrollos en México en materia de arbitraje durante 2013.

Como se verá, existen desarrollos positivos y otros que deben ser manejados para evitar problemas. A continuación se explicarán proponiendo una ruta crítica constructiva.

Desarrollos

Los siguientes desarrollos merecen comentario:

1. Alcance de acuerdos arbitrales;
2. Decisiones relacionadas con orden público; y
3. La modificación del derecho de amparo que amenaza con considerar a los árbitros como autoridad para efectos del juicio de amparo.

A continuación se explican brevemente.

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

I. ALCANCE DE ACUERDOS ARBITRALES

El alcance de acuerdos arbitrales *vis-à-vis* terceros

Recientemente, en el contexto de procedimientos judiciales paralelos a un caso CCI, un Tribunal Colegiado que razonó que:¹

existen supuestos en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral ...

Sus efectos sólo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron [de] una forma u otra; ... la cuestión ... se centra en determinar quién, cómo y con qué extensión devino parte del convenio arbitral ...

El convenio arbitral ... es, en sentido estricto, *inter partes*, empero, en determinados supuestos, quien no fue parte originaria en la firma del convenio arbitral puede verse envuelto en su ámbito ... por ejemplo, la cesión de derechos ... el causahabiente ...

Corresponde a quien analice ese pacto ... a las autoridades o los árbitros, realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para comprobar por la cadena contractual o, por el contrario, es sólo válido respecto a algunos de los contratos. ...

el convenio no pierde su autonomía, simplemente ocurre que puede extender sus efectos a las relaciones comerciales conexas, posibilidad que será comprobada en cada caso concreto y únicamente respecto del convenio arbitral.

...

El contexto de la sentencia anterior era una relación contractual compleja donde un franquiciante, titular de una marca internacional, franquiciaba a un ente dándole exclusividad en todo el territorio mexicano, y éste a su vez era facultado para sublicenciar (y subfranquiciar) a entes propiedad de—y controlados por—el franquiciatario. La relación contractual era por ende de tres capas. Surgió una disputa entre el franquiciante internacional y el franquiciatario nacional que fue sometida al arbitraje. El franquiciatario nacional interpuso una excepción jurisdiccional aduciendo que el acuerdo arbitral contenido en la relación contractual entre el franquiciante y el franquiciatario no vinculaba a los subfranquiciatarios. En paralelo, inició procedimientos judiciales locales. Fue en dicho contexto que surgió la sentencia comentada. El Poder Judicial mexicano sostuvo que el cuestionamiento jurisdiccional no podía resolverse mediante un análisis miope de la relación entre el franquiciante y franquiciatario. Una decisión correcta requería analizar la “cadena contractual” pues—y este es el eslabón analítico que toca nuestro tema y enriquece nuestra materia— es necesario:

¹ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 273/2012. Sentencia de 27 de septiembre de 2012, pp. 34-35.

realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para comprobar por la cadena contractual o, por el contrario, es sólo válido respecto a algunos de los contratos. ...

El motivo:

El convenio arbitral ... es, en sentido estricto, *inter partes*, empero, ***en determinados supuestos, quien no fue parte originaria en la firma del convenio arbitral puede verse envuelto en su ámbito*** ... por ejemplo, la cesión de derechos ... el causahabiente ... (énfasis añadido)

Esta tesis guarda relevancia con otra (de 2005), que dice:

ARBITRAJE. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES O A LOS ÁRBITROS ANALIZAR LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE LA TRANSMISIÓN A TERCEROS. En términos de los artículos 1416, fracción I y 1424 del Código de Comercio, los efectos del convenio arbitral o acuerdo de arbitraje son positivos y negativos, consistiendo los primeros en la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas; por el contrario, los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto. Conforme al primero de los preceptos invocados, el acuerdo de arbitraje se celebra entre las partes y obliga a las mismas, lo que significa que, en principio, los efectos del convenio arbitral sólo se extienden a quienes suscribieron ese pacto, sin embargo, existen supuestos en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral, como ocurre tratándose de su transmisión a terceros, situación que conduce, entonces, al análisis de esa transmisión para determinar si, efectivamente, la misma se produjo con todas sus consecuencias inherentes, ya que el problema pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, no a la eficacia positiva contractual de éste que es, en sentido estricto, *inter partes*. **Entre los supuestos en que pueden verse envueltos en el ámbito del convenio arbitral quienes no fueron partes originarias en el mismo, se encuentra la cesión de derechos que, como acto jurídico que implica la sustitución del acreedor en términos de los artículos 2029 y 2032 del Código Civil Federal, puede implicar la transmisión de la cláusula compromisoria, dado que el causahabiente a título particular no puede adquirir más de lo que tenía su causante ni quedar exento del compromiso arbitral en perjuicio del deudor, ya que, de lo contrario, éste quedaría burlado en cuanto a la certeza de quien deba resolver el conflicto que llegue a suscitarse.** Empero, el hecho de que se realice la transmisión mencionada no significa que, en todos los casos, el convenio arbitral resulte eficaz, por lo que corresponde a quien analice ese pacto arbitral

y su transmisión, es decir, a las autoridades judiciales o a los árbitros, realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para comprobar en cada ocasión si el convenio arbitral ha circulado por la cadena contractual o, por el contrario, es sólo válido respecto a alguno o algunos de los contratos. De esta forma, el convenio arbitral no pierde su autonomía, simplemente ocurre que puede extender sus efectos a las relaciones comerciales conexas, posibilidad que será comprobada en cada caso concreto y únicamente respecto al convenio arbitral, ya que aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida. La anterior es una exigencia mínima de certeza y de efectivo consentimiento en comprometer.²

(énfasis añadido)

Existe un *leitmotif* detrás de ambos precedentes judiciales, y es *in crescendo*. Mientras que el segundo resuelve situaciones donde la persona a la que se le aplicará el acuerdo arbitral recibe derechos *a título universal*, el primero resuelve situaciones donde ello no ocurre. Le aplica la cláusula arbitral cuando “se vea envuelto en su ámbito”, aunque sea a título particular.

No faltará quien cuestione el desarrollo. Deseo postular que es sano. Aunque se rebasan los requisitos formales del acuerdo arbitral,³ se hace en aras de resolver problemas derivados de la compleja realidad contractual frecuentemente observada en el mundo de los negocios. Dicho de otra manera, es un caso en el que el derecho civil está cubriendo las lagunas creadas por una norma formalista del derecho arbitral—algo interesante científicamente.⁴

² Registro no. 178 813, Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, abril de 2005, p. 1341. Tesis Aislada I.3º.C.475 C Amparo en revisión 442/2004.

³ Artículo 1423 del Código de Comercio.

⁴ Después de todo, suele ser el derecho mercantil el que colma lagunas del civil; no viceversa.

II. ORDEN PÚBLICO

El orden público lleva una magnífica racha en México. En los últimos años se han generado criterios diversos que son acorde a los paradigmas internacionales más aceptados. Por ejemplo: ‘orden Público’ versa sobre **intereses colectivos**, no individuales;⁵ **bienes públicos** no son ‘orden público’;⁶ **interés público** no es ‘orden público’;⁷ **derecho público** no es ‘orden público’;⁸ **contratación pública** no es ‘orden público’;⁹ un **documento público** no es ‘orden público’;¹⁰ la **caducidad** no es ‘orden público’;¹¹ y la **cosa juzgada** no es ‘orden público’.¹² Dada la energía y frecuencia con la cual recurrentes argumentaban la existencia de situaciones de orden público, el que el Poder Judicial mexicano hubiera resuelto como se hizo es tan comunicativo como plausible.

⁵ Expediente 596/2011, Juez Quincuagésimo Sexto de lo Civil del Distrito Federal, 7 de noviembre de 2011. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, 1er Circuito. Amparo en Revisión 195/2010.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Exp. 596/2011. Juez Cuadragésimo Sexto de lo Civil del Distrito Federal. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en Revisión 195/2010. Amparo en Revisión 358/2010.

⁹ Han existido muchos casos en los que contratos con entes públicos han generado disputas que se han ventilado en arbitraje. Como regla, el litigio que ha surgido de este concepto no ha acogido la posibilidad que el orden público mexicano se vea transgredido por el hecho que un ente público (sea dependencia o entidad) haya pactado arbitraje. Recientemente un caso (amparo en revisión 358/2010, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito) decidió que la rescisión administrativa no era arbitrable por ser una materia de orden público. Ello merece comentario que no se hace aquí. De querer abundar, consúltese González de Cossío, ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL; visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje) y EL ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO: DEL IMPRESIONISMO AL PUNTILLISMO JURÍDICO, Revista Mexicana de Derecho Privado, No. 2, Julio-Diciembre 2012, p. 569). En este contexto, lo único que hago notar es que es el único caso en que así ha ocurrido. A su vez, dicho caso muestra peculiaridades que no permiten generalizarlo. Por ende, parece más una anomalía que reflectivo de una tendencia.

¹⁰ En un caso deportivo (no reportado) un tribunal arbitral otorgó escaso valor probatorio a una prueba consistente en un documento público: una fe de hechos emitida por un notario público. En nulidad se decidió que ello no actualizaba la causal ‘orden público’. Al tratarse de un caso deportivo, la sede no fue México. Sin embargo, el análisis fue en base a derecho mexicano.

¹¹ Amparo en revisión 527/2011.

¹² Amparo en revisión 755/2011

Existen tres desarrollos del último año que son dignos de reportar; dos positivos y uno negativo.

A. POSITIVOS

1. Nivel de revisión

Recientemente se emitieron algunas decisiones con respecto al nivel de revisión por un juez de un laudo

LAUDO ARBITRAL. ORDEN PÚBLICO SERÁ DETERMINADO POR EL JUEZ CUANDO SE RECLAMA SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN. Como el concepto de "orden público" no se encuentra definido en la Constitución ni en el Código de Comercio, ello deja claro que es preciso determinar su significado en cada caso concreto pues no basta con asimilarlo a las normas imperativas, sino que es necesario proteger nuestra cultura jurídica mexicana de intromisiones que la desvirtúen. Esto es así, dado que una interpretación conjunta de la fracción II del artículo 1457, con la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio, incluso con el precepto V, inciso 2, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, lleva a la conclusión de que son dos las hipótesis que pueden ocasionar que el juzgador de oficio declare que un laudo arbitral es nulo o que no lo reconozca como una resolución acorde al sistema jurídico mexicano y por ende deniegue su ejecución, y es cuando: a) Según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no sea susceptible de solución por vía del arbitraje; o, b) Cuando el laudo sea contrario al "orden público" mexicano. Así las cosas, la referencia a la legislación mexicana es para guiar al juzgador quien debe velar que el objeto de la controversia pueda ser objeto de arbitraje, es decir, que no exista alguna disposición legal mexicana que lo impida; mientras que por otra parte, el concepto de "orden público" es más amplio, pues no basta con afirmar que en un laudo arbitral se está dejando de aplicar una disposición legal que se autodefine como de "orden público" para que se tenga necesariamente que concluir que se transgrede el mismo, sino que es necesario un estudio más profundo, caso por caso, que permita concluir que con su reconocimiento y ejecución es evidente que sí se transgrede nuestro orden jurídico. En conclusión, se reitera deberá ser el juzgador quien en cada caso concreto determine si se transgrede o no el "orden público".¹³

A su vez:

¹³ Registro No. 2001132, [TA]; 10a. Época; T.C.C.; SJF y su Gaceta, Libro X, Julio de 2012, Tomo 3, p. 1878, Tesis; I.7o.C.20 C (10a.), Tesis Aislada (Civil), Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 6/2012.

LAUDO ARBITRAL. CUÁNDO, POR QUÉ Y EN QUÉ CONDICIONES SE DEBEN ANALIZAR LAS CONSIDERACIONES QUE LO SUSTENTAN. Para llegar a la conclusión de que un laudo es contrario o no al "orden público", es necesario leerlo, analizarlo y calificarlo, pues de otra forma sería imposible resolver la disyuntiva. Sin embargo, se debe distinguir entre analizar el laudo arbitral para resolver si su contenido es contrario al "orden público", para reconocerlo como resolución en el sistema jurídico mexicano y ordenar su ejecución; distinto es analizarlo para resolver si las consideraciones vertidas son correctas o no. Así es, pues mientras lo primero busca sólo que el laudo arbitral no contraríe el "orden público" para que pueda ser anulado o ejecutado, lo segundo sería tanto como analizar las consideraciones que sustentan las conclusiones para ordenar variarlas, lo que está vedado al juzgador ante quien se pide ya sea su nulidad o el reconocimiento y su ejecución.¹⁴

2. Eco judicial de una definición doctrinal que cita estándares internacionales

Varios¹⁵ tribunales de primera y segunda instancia que recientemente han tocado el tema de orden público han usado en su razonamiento el siguiente párrafo citado de una obra de arbitraje:¹⁶

“Por orden público se entienden las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico. Existe una distinción entre orden público para efectos de derecho local y orden público internacional. El primero es más amplio que el segundo. El término “orden público internacional” alude al cuerpo de principios y reglas de un Estado que, por su naturaleza, pueden impedir el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral cuando ello implique su violación, ya sea por el procedimiento seguido para su emisión (orden público internacional procesal) o por el contenido del laudo (orden público internacional sustantivo). Existen casos que han adoptado dicha distinción, y otros que no. Al margen de ello es importante constatar que el orden público debe interpretarse restrictivamente y no comprende las disposiciones imperativas del Estado en donde se solicita la ejecución.

Todas las legislaciones contemplan la posibilidad de rehusar el reconocimiento/ejecución de un laudo cuando ello comprometa u ofenda el orden público. El orden público no tiene como única función permitir al juez de

¹⁴ **Registro No. 2001131**, [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro X, Julio de 2012, Tomo 3; Pág. 1878, Tesis; I.7o.C.19 C (10a.), Tesis Aislada (Civil), Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 6/2012. Bergesen Worldwide Limited. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Carlos Manríquez García.

¹⁵ Por ejemplo, sentencia 680/2010-VII en cumplimiento del amparo indirecto 997/2012, 11 de abril de 2012.

¹⁶ ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México. D.F., 2004.

ejecución cerciorarse que el contenido del laudo es compatible con las concepciones más fundamentales del derecho del Estado de ejecución. También tiene una dimensión procesal que justifica el control de la constitución del tribunal y la forma en que se conduce el procedimiento. Varias jurisdicciones han manifestado la preferencia por una definición transnacional o universal del orden público.”

Lo plausible de ello consiste en que en todos esos casos se ha citado el párrafo indicado como fundamento de la conclusión que no se actualiza la causal de nulidad o no ejecución de laudo.

Ello justifica concluir que el Poder Judicial mexicano ha adoptado estándares internacionales para informar *su* concepción del orden público.

3. Definición de la Suprema Corte de Justicia

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (*SCJN*) adoptó la siguiente definición de orden público para efectos de nulidad y ejecución de laudos, ofrecida después de explicar que, aunque en presencia de un concepto jurídico indeterminado, tiene un ‘núcleo duro’:¹⁷

las instituciones jurídicas del Estado, principios, normas e instituciones que lo conforman que trascienden a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. El mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.¹⁸

Dicha definición constituye un desarrollo encomiable.¹⁹ Aunque expuesta en argot distinto del que un tecnócrata del arbitraje utilizaría, adopta los paradigmas más aceptados del tema—mundialmente.

Tengo tres comentarios que compartir con los expertos del Grupo Latinoamericano de la CCI:

- i) Adopta la postura “minimalista” de orden público, deslindando la noción de otras instituciones jurídicas con las cuales frecuentemente se confunde.

¹⁷ Amparo en Revisión 755/2011, párrafos 69 y 70 de la ejecutoria.

¹⁸ Que se deriva del siguiente texto (párrafo 81) del Amparo en Revisión 755/2011: “... un laudo arbitral es **contrario al orden público** y que, por ende, constituye una causa de nulidad, cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. Un laudo de ese tipo estaría alterando el límite que marca el orden público, a saber, el mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.”

¹⁹ La decisión es encomiable por otros motivos no tocados aquí. Para abundar, consúltese el *Dispute Resolution Newsletter*, Año 1, Número 1 (www.gdca.com.mx/Boletín).

- ii) No cualquier yerro en la decisión contenida en el laudo merece considerarse contraria al ‘orden público’. Tiene que ser “ofensivo” y “grave”. Y tiene que afectar intereses “fundamentales” de la sociedad.
- iii) La definición propuesta se nutre de literatura internacional.²⁰ Es decir, la decisión de la Suprema Corte mexicana es plausible tanto en *fondo* como *método*: se nutre de los paradigmas internacionales más aceptados.

B. NEGATIVO

Existe un caso que ha atraído atención y que es inconsistente con la—de otra manera, muy buena—tendencia judicial: el caso *COMMISA v PEP*. A continuación se resumirá lo ocurrido para luego comentarlo.

1. Antecedentes: el caso, los amparos y la nulidad de laudo²¹

El arbitraje CCI número 13613 entre Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. y Pemex-Exploración y Producción (“*COMMISA v PEP*”) arrojó un laudo (diciembre de 2009) que condenó a PEMEX a pagar a COMMISA más de trescientos millones de dólares. En paralelo al arbitraje existió un juicio de amparo cuyo objeto fue la legalidad de una rescisión administrativa efectuada por PEMEX.

Después de una solicitud de nulidad de laudo que fue rechazada, un amparo que sostuvo la validez del laudo, en revisión (apelación) un tribunal colegiado anuló el laudo razonando que:

- a) **Orden Público:** el laudo es nulo por ser contrario al orden público en la medida en que los contratos administrativos:
 - i) Están regulados por leyes administrativas y la Constitución Federal; y
 - ii) Involucran necesidades gubernamentales delicadas que no pueden ser valoradas por un tribunal arbitral privado.
- b) **Arbitrabilidad:** El laudo es nulo por ventilar cuestiones no-arbitrables. Dicha determinación descansó en tres premisas:

²⁰ Citó un ensayo contenido en el *Spain Arbitration Review* del CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE (González de Cossío, Francisco, HACIA UNA DEFINICIÓN MEXICANA DE «ORDEN PÚBLICO», en *Revista del Club Español del Arbitraje*, número 4, Madrid, 2009).

²¹ Si bien dicho caso fue reportado en el Reporte que GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, SC elaboró para la sesión en Panamá del Grupo Latinoamericano de arbitraje en agosto 2012, a continuación se resume lo más relevante. Para abundar, véase el Reporte de agosto 2012 (www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje)

- i) *Actos de autoridad*: las rescisiones administrativas son actos de autoridad y por ende no arbitrables.
- ii) *Jurisdicción exclusiva*: existe competencia exclusiva de los tribunales administrativos mexicanos para ventilar actos de autoridad (incluyendo rescisiones administrativas).
- iii) *Cosa juzgada refleja*: dado que existía una decisión de un juez competente que determinó que la rescisión era constitucional, dicha determinación era ‘cosa juzgada refleja’ *vis-à-vis* el tribunal arbitral.²² En la medida en que (a) existían determinaciones que involucraron la rescisión,²³ (b) en base a las cuales el tribunal otorgó consecuencias jurídicas,²⁴ el tribunal arbitral excedió su mandato al tocar una cuestión no arbitrable.

2. Comentario

COMMISA v PEP ha atraído mucha atención u críticas. Al margen del contenido, cuestiono el ángulo y objetivos: detecto enojo y frustración más que comprensión. Deseo proponer que entendamos la semilla del problema y lo canalicemos constructivamente. No sólo se trata de una anomalía (pues no es reflectivo de la praxis judicial mexicana), sino que encuentra sus orígenes en el *droit administratif*: la teoría sobre contratos administrativos del derecho administrativo francés, que ha sido recogida por muchos sistemas jurídicos (particularmente latinoamericanos). Ante ello, creo más atinado y constructivo entender que las peculiaridades del caso explican—aunque no justifiquen—lo ocurrido, por lo que es necesario tomar pasos para evitar que la historia se repita, sea en México u otras jurisdicciones, que señalar reprobatoriamente.²⁵ Después de todo, son muchas las jurisdicciones latinoamericanas que adoptaron el *droit administratif* francés.

²² La aplicabilidad de la teoría de cosa juzgada refleja entre tribunales judiciales y arbitrales es un tema nunca antes visto—y erróneo. He comentado dicho paso en ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO: DEL IMPRESIONISMO AL PUNTILLISMO JURÍDICO, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, Revista de Derecho Privado, No. 2, p. 569; y en Revista del Club Español del Arbitraje, número 13, 2012, p. 147.

²³ Particularmente determinaciones contrarias a lo que el juez competente sostuvo.

²⁴ Penas convencionales y daños y perjuicios.

²⁵ Como así se propone en ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN GUBERNAMENTAL, ensayo adjunto este Reporte.

III. ÁRBITRO COMO AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL AMPARO

El 2 de abril de 2013 fue modificada en su totalidad la ley de amparo.²⁶ La fracción II del artículo 5 de la nueva Ley de Amparo establece:

La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

Del precepto citado, tres cuestiones merecen comentario:

- a) El criterio “modifique situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria”;
- b) Los ‘particulares’ serán considerados ‘autoridad responsable’ cuando realicen “actos equivalentes a los de autoridad”; y
- c) El requisito “funciones determinadas por una norma general”.

A. MODIFICACIÓN DE SITUACIONES JURÍDICAS EN FORMA UNILATERAL Y OBLIGATORIA

El primer párrafo cristaliza en ley el criterio conocido como ‘autoridades’ *de facto*. El paso obliga la pregunta: ¿actualiza el árbitro dicha hipótesis normativa? Existe diferencia de opinión. Hasta recientemente, la respuesta del Poder Judicial había sido que el árbitro no puede ser considerado autoridad—inclusive *de facto*.²⁷ Sin embargo, dado el ánimo garantista de la reforma, algunos cobijaban sospechas.

Recientemente (Mayo de 2013) un juez admitió un juicio de amparo en contra de un árbitro.²⁸ Es la primera vez que ello ocurre.²⁹ Aunque el juicio está pendiente, tres cosas merecen ser resaltadas:

- i) El acto reclamado fue el laudo arbitral;
- ii) La decisión (‘auto’) carece de análisis sobre la procedencia del amparo;

²⁶ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013 (“*Ley de Amparo*”).

²⁷ El motivo esencial es que se trata de un ente privado, producto de la libertad contractual. Concebir como *público* lo que en esencia es *privado* es desnaturalizarlo.

²⁸ Exp. 434/2013-III. Auto del 22 de mayo de 2013.

²⁹ Para ser exactos, existió un antecedente, pero explicable más como un yerro judicial que reflectivo de una tendencia. Además, no ocurrió en base al nuevo derecho de amparo.

- iii) El recurso presentado por el árbitro (queja) fue rechazado por considerar que no tiene legitimación procesal para hacerlo.³⁰

Lo anterior merece análisis, no sólo por que el resultado parece incorrecto, sino además porque es parte del acomodo que tendrá lugar en el Poder Judicial dado que se trata de una nueva ley con paradigmas novedosos.

B. ACTOS EQUIVALENTES A LOS DE AUTORIDAD

El segundo párrafo del artículo 5.II de la Ley de Amparo introduce una novedad: la posibilidad que entes *privados* puedan ser considerados como ‘autoridades responsables’ para efectos del juicio de amparo.³¹ Ello ha generado diferencias sobre si el criterio se cumple por el árbitro. Mientras que algunos consideran que la labor de juzgar que hace un árbitro es ‘equivalente’ a la del juez nacional, otros distinguen las actividades *inter alia*, en base a la fuente, alcance y naturaleza de la jurisdicción ejercida.³²

C. FUNCIONES DETERMINADAS EN NORMA GENERAL

El criterio “funciones determinadas por una norma general” ha generado dudas. Tomado *ad littera*, incluiría a los árbitros. Sin embargo, obliga la pregunta: ¿qué actividad no lo actualiza? Toda la actividad humana tiene (directa o indirectamente) un soporte en una norma. Luego entonces, el poder judicial necesitará zanjar. Debe hacerse labor para cerciorar que la figura del árbitro quede fuera del radio de acción de la misma.

D. COMENTARIO

El desarrollo ha generado crítica. Deseo proponer que debe *entenderse* antes de *criticarse*. La ampliación textual de la noción ‘autoridad responsable’ es positiva. Busca ampliar el radio tutelar de los derechos humanos brindando la posibilidad de sujetar a control constitucional actos que podían colarse por las ranuras de la definición anterior.³³ Sin embargo, es necesario evitar que ello se utilice para mermar

³⁰ Sentencia de Recurso de Queja Q.C. 67/2013, 8 de julio de 2013.

³¹ El desarrollo merece mucho comentario que aquí no hago. En otro contexto lo he hecho: GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, en RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO MEXICANO DEL SIGLO XXI. ¿CÓMO DEBE EVOLUCIONAR?, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012, p. 1089; y GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, *Post Scriptum*, (visibles en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

³² Ver artículo EL ÁRBITRO NO ES AUTORIDAD que se adjunta a este Reporte.

³³ El artículo 11 de la Ley de Amparo de 1936 definía a la ‘autoridad responsable’ como: “la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.” Bajo

la eficacia del arbitraje. Para ello, necesitamos entender la *raison d'être* del desarrollo y—en base al idioma del derecho de amparo—hacer ver que no procede.³⁴ *Esto es sutil pero importante.* Mucha de la defensa de la figura ocurre desde el perspectiva arbitral, mas no constitucional. Como resultado, con frecuencia detecto un diálogo de sordos carente de resultados constructivos.

dicha definición se generaron muchos criterios que buscaban resolver dudas generadas por áreas grises. El 'árbitro' siempre quedó fuera de la hipótesis.

³⁴ El autor ha realizado esfuerzos en dicho sentido (*vid* ensayos el pie de pagina 6 y 7, así mismo, EL DERECHO HUMANO ARBITRAL: EL DERECHO FUNDAMENTAL A CONTAR CON PROCESOS ARBITRALES LIBRES DE INTERFERENCIA JUDICIAL y LO LÚDICO DEL ORDEN PÚBLICO (www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).