

KOMPETENZ - KOMPETENZ A LA MEXICANA: CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	LA <i>DRAMATIS PERSONAE</i>	2
III.	LA PUESTA EN ESCENA.....	3
IV.	EL GUIÓN ORIGINAL	4
A.	LA HISTORIA LEGISLATIVA	6
B.	LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.....	7
C.	LA EXPERIENCIA EXTRANJERA.....	8
1.	Nivel de revisión limitado	8
2.	Nivel de revisión profundo	9
3.	Nivel de revisión mixto.....	10
4.	Acciones de previo pronunciamiento judicial sobre la jurisdicción del tribunal arbitral.....	10
D.	LA DOCTRINA.....	11
V.	LA ACTUACIÓN DEL GUIÓN POR DIFERENTES ACTORES.....	13
VI.	EL TROPIEZO JUDICIAL Y SU (VERDADERO) IMPACTO	15
VII.	COMENTARIO FINAL DE LA OBRA	18

I. INTRODUCCIÓN

Existe contradicción entre Tribunales Colegiados de Circuito sobre a quien le corresponde la decisión acerca de la validez del acuerdo arbitral. Mientras que un Tribunal Colegiado sostiene que dicha facultad compete al juez, otro opina que le corresponde al árbitro. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (la “Corte”) pronto decidirá sobre ello.

Este estudio comenta las decisiones de los dos colegiados (§II), el texto de donde parte la diferencia (§III), el diseño y objetivos de las normas en juego (§IV), su correcta interpretación (§V), su esencia e impacto (§VI), para concluir con un comentario final (§VII).

* González de Cossío Abogados, S.C.

II. LA DRAMATIS PERSONAE

El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (“Sexto TCC”) sostuvo¹ que la validez del acuerdo arbitral es decisión del tribunal arbitral. El Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (“Décimo TCC”) sostuvo² lo contrario: dicha facultad le corresponde al juez.

Si bien no abundaré sobre los recovecos procesales que tuvieron lugar en cada caso, resumiré la trayectoria, pues, en forma interesante, en ambos existió un zig-zag procesal (todos los órganos que intervinieron decidieron en forma distinta).

El primer caso (que dio lugar al **amparo en revisión 3836/2004**) comenzó por una demanda por la vía ordinaria mercantil enderezada por L.D.C., S.A. de C.V. (“LDC”) en contra de ADT Security Services, S.A. de C.V. (“ADT”) y la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (“CANACO”). Los demandados opusieron una excepción de incompetencia del juez derivada de los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio. En respuesta,³ el Juzgado⁴ remitió a las partes al arbitraje. Fue la resolución que ordena la remisión el acto reclamado en amparo. El Juez de Distrito revocó dicho acto reclamado sosteniendo que no procede la remisión cuando se demanda la nulidad del acuerdo arbitral.⁵ En revisión, el Sexto TCC revocó al Juez de Distrito sosteniendo que dicha facultad le corresponde al tribunal arbitral.

¹ Amparo en revisión 3836/2004.

² Amparo en revisión 31/2005.

³ Para ser exactos, la incompetencia la decidió la Tercera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ordenando al *a quo* remitir a las partes al arbitraje.

⁴ Quincuagésimo de lo Civil del Distrito Federal.

⁵ Bajo el razonamiento que, de remitir, se decidiría implícitamente sobre la validez del acuerdo arbitral, y se sometería a las partes a la competencia de un juez particular creado por un acuerdo que una de las partes considera inválido.

En el segundo caso (que dio origen al **amparo en revisión 31/2005**) Servicio Electrónico Digital, S.A. de C.V. (“SED”) demandó a ADT y a la CANACO por la vía ordinaria mercantil. El juez remitió a las partes al arbitraje. SED apeló el auto de remisión y el *a quem*⁶ revocó la remisión. La decisión de apelación fue el acto reclamado en amparo. El Juez de Distrito⁷ amparó y revocó el acto reclamado. En revisión, el Décimo TCC consideró que el artículo 1424 del Código de Comercio impide al juzgador remitir a las partes al arbitraje cuando se compruebe que dicho acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, pues dicha determinación le corresponde al juez de origen (no al árbitro).

La contradicción se denunció. De conformidad con el artículo 197-A de la Ley de Amparo, la Corte decidirá sobre ello, y la respuesta hará jurisprudencia.⁸

A la fecha de elaboración de este estudio la Corte ya había decidido sobre la contradicción (“Contradicción”). Aunque ignoro su sentido (pues aún no es pública), en forma similar a la mentada muerte de Santiago Nasar en *Crónica de una Muerte Anunciada* (García Márquez),⁹ muchos tememos que el sentido sea en apoyo a la postura del Décimo TCC. A lo largo de este comentario abordaré la trama que explica dicha sospecha.

III. LA PUESTA EN ESCENA

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

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

⁶ Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

⁷ Juzgado Octavo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal.

⁸ Tercer párrafo del artículo 192 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹ Editorial Diana, México, 1989.

El primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio dispone que:

El **tribunal arbitral** estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso **sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.** (...)

Es el texto resaltado el que ha dado origen a la diversa interpretación. Mientras que el Décimo TCC considera que la facultad del juez bajo el artículo 1424 del Código de Comercio prevalece sobre la facultad del tribunal arbitral bajo el 1432, el Sexto TCC considera lo inverso.

Mientras que el Sexto TCC considera que la determinación de validez del acuerdo arbitral es parte de la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su competencia, el Décimo TCC consideró que, al establecerse como excepción de la obligación de remitir al arbitraje el que el juez “compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”, en caso de que en el juicio de origen se demande la nulidad del acuerdo arbitral, el juez tiene la obligación de seguir un procedimiento, con todas las formalidades esenciales de procedimiento, so pena de violar el artículo 14 de la Constitución Federal, y suponer la determinación que le compete realizar, pues, de remitir al arbitraje, actuaría como si el acuerdo arbitral fuera válido.

IV. EL GUIÓN ORIGINAL

Los artículos 1424 y 1432 constituyen el guión de una escena en donde interactúan dos actores: el juez y el árbitro. Cada uno tiene su papel cuidadosamente definido: el *juez* debe *remitir* y el *árbitro* debe *decidir*.

El dueto se explica por dos motivos. En primer lugar, para que la obligación de arbitrar sea cumplida, tiene que existir un mecanismo para canalizar una demanda judicial al foro arbitral. De lo contrario, dicha obligación carecería de eficacia. En segundo, de no ser facultad del árbitro decidir sobre su

competencia, se llegaría a un resultado absurdo: de desear resolver controversias fuera de tribunales, tendría que acudirse a tribunales (!).

La intención del autor del guión es clara: evitar frustrar el deseo de las partes —que celebraron un acuerdo arbitral— que *todas* sus controversias fueran resueltas por arbitraje. Si una de las diferencias reside en la validez del acuerdo arbitral, dicho accesorio debe seguir la suerte del principal: le compete al tribunal arbitral pronunciarse sobre ello.

Ante lo anterior, queda en manifiesto porqué el árbitro tiene que ser el actor principal, y es a él a quien le corresponde decidir sobre su competencia. El juez hace las veces del actor secundario; le corresponderá revisar dicha determinación, ya sea al momento de emisión de un laudo parcial,¹⁰ al momento en que se busque la nulidad¹¹ o el reconocimiento y ejecución del laudo.¹²

Podría preguntarse, ¿porqué entonces se le faculta al juez para realizar la determinación de la nulidad, ineficacia y/o inaplicabilidad del acuerdo arbitral? Después de todo, así lo establece expresamente el artículo 1424. La respuesta está en el diseño y objetivos de la norma: se trata de una válvula de escape excepcional que se creó con la finalidad de evitar el absurdo de realizar una remisión al arbitraje cuando es manifiestamente palpable que el acuerdo arbitral no lo justifica. La causal debe ser *manifiesta. Evidente*. No debe quedar duda alguna. Y cualquier duda debe resolverse a favor de la remisión; de lo contrario se violentaría el principio *competence competence*.

La aseveración anterior sobre el auténtico contenido de la norma encuentra sustento tanto en la historia legislativa, la doctrina, como en la interpretación más aceptada de la misma.

¹⁰ Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

¹¹ Artículo 1457(I)(a) del Código de Comercio.

¹² Artículo 1462(I)(a) del Código de Comercio.

A. LA HISTORIA LEGISLATIVA

Empecemos con la historia legislativa. El grupo de trabajo que redactó el (antecedente de la Ley Modelo¹³ del) artículo 1424, con miras a procurar uniformidad hizo eco expreso de lo dispuesto en la Convención de Nueva York,¹⁴ misma que establece (artículo II.3):

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, **a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.**

Durante los debates de la Ley Modelo se sugirió incluir la palabra ‘manifiestamente’ antes de la palabra ‘nulo’ con miras a establecer un nivel de revisión bajo por el juez que ventile el mismo.¹⁵ La iniciativa no prosperó. Se consideró innecesaria pues se consensó que tal como estaba ya reflejaba dicha intención, y hacerlo hubiera restado uniformidad. Dos influyentes comentaristas¹⁶ opinan que, no obstante que no se incluyó, debe entenderse así puesto que el principio pro-ejecución/validez que permea en la Convención de Nueva York milita a favor de interpretar en forma estricta cualquier posibilidad de invalidez del acuerdo arbitral.¹⁷ Otros tratadistas opinan distinto.¹⁸

¹³ El artículo 1424 tiene como antecedente el artículo 8 de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la “Ley Modelo”).

¹⁴ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958. México depositó su instrumento de adhesión el 14 abril de 1971 y publicó el decreto de promulgación el 22 de junio de 1971.

¹⁵ Reporte del Tercer Grupo de Trabajo (A/CN.9/233), párrafo 77, pg. 315.

¹⁶ Howard M. Holtzmann y Joseph E. Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, 1994, pg. 303.

¹⁷ En sentido similar Albert Jan van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958. TOWARDS A UNIFORM JUDICIAL INTERPRETATION, Kluwer Law and Taxation Publishers, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1981. pg. 155 (en lo sucesivo citada como “The New York Convention”). A su vez, Albert Jan van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION: SUMMARY OF COURT DECISIONS, en THE NEW YORK

Como puede verse, la parte resaltada del artículo II(3) de la Convención de Nueva York es idéntica al artículo 1424 del Código de Comercio.¹⁹ Y la intención es que se interpretara en forma igual, haciendo eco tanto de la *ratio legis* como de su aplicación. Por ende, ahondar sobre su significado bajo la Convención de Nueva York resulta conveniente.

B. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York no reflejan mucha discusión sobre lo que se quiso decir por ‘nulo, ineficaz o inaplicable’.

Uno de los expertos más reconocidos sobre la Convención de Nueva York explica que la intención fue dejar claro que el juez carece de competencia para ventilar el *fondo*, y solo tendrá cierta jurisdicción ‘parcial’ o ‘subsidiaria’ para cuestiones relacionadas con el acuerdo arbitral, como lo son medidas precautorias.²⁰ En relación con la determinación de validez, sólo deberá ejercerse dicha excepción en casos *extremos* en los que *claramente* no existía un acuerdo arbitral, o el mismo era *ostensiblemente* ineficaz.²¹

Otra obra interesante que toca el tema enuncia los casos en los que un tribunal estatal puede retener jurisdicción, pero no abunda sobre el nivel de

CONVENTION OF 1958, ASA Special Series No. 9, A Collection of Reports and Materials delivered at the Conference held in Zurich on 2 February 1996, Association Suisse de l'arbitrage, agosto 1996, pg. 22.

¹⁸ Julian Lew opina que la negativa a incluir la palabra “manifiestamente” tiene por efecto el que un juez estatal pueda realizar una revisión más profunda (más que *prima facie*). (Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll, COMPARATIVE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Kluwer Law International, 2003, para. 14-61, pg. 349.)

¹⁹ Existe una ligera diferencia textual, mas no conceptual. El artículo 1424 del Código de Comercio habla de “nulo, ineficaz o de **ejecución imposible**”, mientras que la Convención de Nueva York habla de “nulo, ineficaz o **inaplicable**”. Los términos ‘ejecución imposible’ del Código de Comercio e ‘inaplicable’ de la Convención de Nueva York tienen el mismo significado jurídico. (González de Cossío, ARBITRAJE, Porrúa 2004, pgs. 91-97.)

²⁰ Van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, pg. 168.

²¹ Van den Berg, THE NEW YORK CONVENTION, pgs. 154 a 161.

revisión que debe seguir un juez al momento de determinar si el acuerdo es ‘nulo, ineficaz o inaplicable’.²²

No obstante el poco análisis al respecto, el objetivo parece haberse logrado. La mayoría de las cortes que han aplicado el artículo II(3) de la Convención de Nueva York han, la mayoría de las veces, simplemente remitido al arbitraje.²³ Sin embargo, el nivel de revisión de la determinación de ‘nulidad, ineficacia o inaplicabilidad’ es un tema abierto, por lo que analizar la forma en que diferentes jurisdicciones lo han interpretado y aplicado resulta conveniente.

C. LA EXPERIENCIA EXTRANJERA

La experiencia extranjera está dividida. Mientras que algunas jurisdicciones establecen que el juez nacional realizará una determinación en base a un nivel de revisión limitado (1), otras permiten una revisión más profunda (2), mientras que otras establecen un sistema mixto (3), y aun otras contemplan acciones de pronunciamiento previo por el juez local (4).

1. Nivel de revisión limitado

En Francia en artículo 1458 del *Code de Procedure Civile* establece que el juez debe declararse incompetente a menos que el acuerdo arbitral sea “manifiestamente nulo”. La interpretación que la Corte de Casación ha dado es estricta. El juez debe realizar una revisión preliminar (*prima facie*) de la existencia del acuerdo

²² Domenico Di Pietro y Martin Platte, ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL ARBITRATION AWARDS, THE NEW YORK CONVENTION OF 1958, Cameron May, 2001, pg. 113 a 122.

²³ Jan Paulsson, THE NEW YORK CONVENTION IN PRACTICE - PROBLEMS OF ASSIMILATION, ASA Special Series No. 9, A Collection of Reports and Materials delivered at the Conference held in Zurich on 2 February 1996, Association Suisse de l'arbitrage, agosto 1996, pg. 103 - 104.

arbitral.²⁴ Lo mismo ocurre con Canadá²⁵ (que adoptó la Ley Modelo), y Hong Kong.²⁶

Debe admitirse que algunas jurisdicciones contemplan un texto similar a los artículos 1424 del Código de Comercio y II(3) de la Convención de Nueva York, pero el nivel de revisión está por definirse, aunque el peso de la opinión parece ser que debe ser limitado. Tales son los casos de Bélgica²⁷ y Países Bajos.²⁸

2. Nivel de revisión profundo

Algunos autores consideran que un nivel de revisión que diste de ser limitado es posible en el contexto de la determinación de la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral.²⁹ Algunas jurisdicciones han seguido dicho camino. Por ejemplo, Estados Unidos, en donde en ciertos casos se ha interpretado el artículo II(3) de la Convención de Nueva York en el sentido de

²⁴ *Coprodag v. Dame Bohin*, Corte de Casación francesa, 10 de mayo de 1995, *Revue de l'arbitrage* 617, 1995; y *Renault v. V 2000* (antes Jaguar France), Corte de Casación francesa, 21 de mayo de 1997, *Revue de l'arbitrage* 537, 1997; y *American Bureau of Shipping*, Corte de Casación francesa, 26 de junio de 2001.

²⁵ *Rio Algom v. Sammi Steel*, Ontario Court of Justice, 1 de marzo de 1991, XVIII YBCA 166 (1993); *ABN Amro Bank Canada v. Krupp Mak Maschinenbau GMBH and others*, 7 de mayo de 1996, 6 ADRLJ 37 (1997).

²⁶ *Pacific International Lines (Pte) Ltd. v. Tsinlien Metals and Minerals Co. Ltd.*, Suprema Corte de Justicia de Hong Kong, 30 de julio de 1992, XVIII YBCA 180 (1993).

²⁷ Artículo 1679, párrafo 1, del Código Judicial, que dice: "Un juez ante quien se someta una controversia cubierta por un acuerdo arbitral deberá declinar su jurisdicción a solicitud de una de las partes, excepto cuando el acuerdo arbitral sea nulo o haya expirado con respecto a la controversia en cuestión". (Mi traducción del texto: "A judge seized of a dispute which is covered by an arbitration agreement shall decline jurisdiction at the request of one of the parties, except where, with regard to the dispute in question, the arbitration agreement is invalid or has lapsed".)

²⁸ Artículo 1022(1) del Código de Procedimiento Civil, que dice: "una corte ante la cual se haya sometido una controversia con respecto a la cual exista un acuerdo arbitral declarará que carece de jurisdicción si una de las partes invoca la existencia de dicho acuerdo arbitral antes de someter su defensa, a menos que el acuerdo sea inválido" (Traducción del autor. El texto original en inglés es: "[a] court seized of a dispute in respect of which an arbitration agreement has been concluded shall declare that it has no jurisdiction if a party invokes the existence of the said agreement before submitting a defense, unless the agreement is invalid".)

²⁹ *Lew et alii*, pg. 347.

permitir una revisión total de la validez del acuerdo arbitral,³⁰ y en otros se ha decidido que la determinación de a quien corresponde la decisión de arbitrabilidad privada (es decir, cuando se controvierte el que las partes hayan acordado arbitrar) le corresponde al juez, a menos que las partes hayan expresamente dado dicha facultad al árbitro.³¹

3. Nivel de revisión mixto

En Suiza la respuesta ha sido interesante. Existe una dicotomía: cuando la sede es Suiza, se realizará una revisión *prima facie*; cuando no lo sea, el juez suizo debe hacer una revisión *total*. El motivo de la diferencia radica en que, mientras que una revisión de la jurisdicción del árbitro es posible en el laudo final, ello no es posible cuando la sede no es Suiza.³²

4. Acciones de previo pronunciamiento judicial sobre la jurisdicción del tribunal arbitral

Ciertas jurisdicciones contemplan la posibilidad de entablar una acción especial para que el juez realice una determinación preliminar sobre la jurisdicción del árbitro. Este es el caso de Estados Unidos,³³ Inglaterra³⁴ y Alemania.³⁵

³⁰ *Sandvik AB v. Advent International Corp.*, XXVI YBCA 961 (2001), pg. 968.

³¹ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan* (514 U.S. 938), Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, 1985.

³² *Compagnie de Navigation et de Transports SA v. MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal Federal, 16 de enero de 1995, 121 III ATF/BGE 38; *Foundation M v. Banque X*, 29 de abril de 1996, ATF/ 122 III 139. En *Fomento de Construcciones y Contratos SA v. Colon Container Terminal SA, Int*, ALR N-28 [2001] la corte concluyó que no existe sustento para alegar que el tribunal arbitral debe tener prioridad en decidir su jurisdicción.

³³ Secciones 4, 206 y 303 de la *Federal Arbitration Act*. Ver *Prima Saint Corp. v. Flood & Conklin Mfg Co.* (388 US 395, 1967), y *Sedco Inc. v. Petroleos Mexicanos Nat'l Oil Corp.* (767 F 2d 1140, 1145 (5th Cir 1985)).

³⁴ Sección 32 de la *1996 Arbitration Act* que establece una facultad limitada del juez para revisar la jurisdicción del árbitro, permitiendo un previo y especial pronunciamiento sobre el tema.

Dicha posibilidad es expresamente rechazada en la Ley Modelo, en donde la revisión sólo puede hacerse del laudo, sea parcial (sobre jurisdicción) o final (al momento de ventilar la nulidad o el reconocimiento y ejecución).

D. LA DOCTRINA

El tema de este drama está íntimamente relacionado con una de las instituciones arbitrales más típicas: el principio Kompetenz-Kompetenz.

En su origen, dicho principio significó que el tribunal arbitral era *el único* juez de su competencia (la escuela alemana). Luego se matizó: el árbitro es *el primer* juez de su competencia, sujeto a la determinación final que haga el juez competente (la escuela francesa).

La escuela francesa constituye el paradigma en vigor. Sin embargo, no resuelve una interrogante: el *momento* en que el juez debe realizar dicha determinación: ¿antes, durante o después del procedimiento arbitral? La Ley Modelo da respuesta a dicha interrogante proveyendo que es el árbitro a quien le corresponde resolver primero, sujeto a la revisión final del juez competente.³⁶

Dicha solución es elocuentemente explicada por uno de los decanos del arbitraje: Gerold Herrmann. En su (frecuentemente citado) estudio '*The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts*'³⁷ Herrmann explicaba el juego entre el juez y el árbitro con la descripción

³⁵ Sección 1032(3) del ZPO. Oberlandesgericht Hamm. 10 de febrero de 1999, RPS 2/1999, Supplement 11 Betriebsberater 38/1999. En Alemania se favorece la revisión limitada a menos que lo que se demande es la determinación por el juez que el tribunal arbitral es competente, en cuyo caso la revisión deja de ser limitada.

³⁶ Dicha 'solución intermedia' ha sido aplaudida en muchos foros pues tiene la ventaja de permitir una revisión judicial de la jurisdicción del árbitro sin premiar tácticas dilatorias.

³⁷ ICCA Bahrain Arbitration Conference, 1993, Kluwer Law and Taxation Publishers, pg. 48.

de lo que, en mi opinión equivocadamente,³⁸ se ha conocido en castellano como la “Teoría de los Disparos”. Dicha teoría postula que la primer determinación sobre la validez del acuerdo arbitral (el ‘primer tiro’) le corresponde al árbitro, mientras que el segundo (y final) le corresponde al juez competente.

Comentaristas importantes explican dicha interrelación como una “carrera de relevos”³⁹ en la que el juez y el árbitro tienen tiempos distintos. Primero, la estafeta está en manos del juez, quien debe pasarla al tribunal arbitral mediante la remisión al arbitraje, y a quien le corresponde resolver sobre el fondo mediante la emisión del laudo. Una vez que ello tenga lugar, la estafeta pasa de nuevo al juez para ventilar la nulidad, reconocimiento y ejecución del laudo.

Otro practicante (Goldman⁴⁰) califica la relación entre el juez estatal y tribunal arbitral como una “asociación” de conformidad con la cual a cada parte le corresponden obligaciones distintas.

Como puede observarse, si bien las metáforas varían, el contenido de la norma es generalmente aceptado: el árbitro decide *primero*; el juez decide *en definitiva*.

³⁸ No deseo parecer iconoclasta, pero el motivo por el que considero que hay un ligero error obedece a que dicha teoría en inglés postula que el árbitro tiene el “First Shot” para conocer de la validez del acuerdo arbitral, y el “Second Shot” le corresponde al juez. El contexto en el que se utiliza “shot” me hace pensar que el maestro Herrmann más bien se refería a ‘oportunidad’, no ‘balazo’ (en inglés coloquial un ‘shot’ es una oportunidad). Como puede observarse, aunque fuera mal entendido, el mensaje permanece incólume.

³⁹ Lord Mustill, COMMENTS AND CONCLUSIONS, en CONSERVATORY & PROVISIONAL MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION, 9th Joint Colloquium, ICC Publications 1993. Dicha postura es citada con aprobación por Alan Redfern y Martin Hunter (LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Sweet & Maxwell, London, third edition, pg. 343).

⁴⁰ THE COMPLEMENTARY ROLE OF JUDGES AND ARBITRATORS, ICC Publication No. 412, pg. 259.

V. LA ACTUACIÓN DEL GUIÓN POR DIFERENTES ACTORES

Es sabido que el intérprete de un guión le da su sabor al mismo. Ello no solo es natural, sino bienvenido. Sin embargo, el estilo no puede derogar la esencia (el texto), so pena de incumplir su tarea principal (y la intención del autor).

Como puede apreciarse del texto y la interpretación judicial y doctrinaria del artículo 1424, el nivel de revisión por el juez de lo que constituye un acuerdo arbitral nulo, ineficaz o inaplicable es (era) un tema abierto. Por ende, era natural que el tema se litigara en algún momento. Sin embargo, existen buenas y malas interpretaciones –y la distinción radicaré en la medida en que se apegan al texto, incluyendo su interpretación teleológica y funcional. Es bajo dicho criterio que debe medirse la calidad del derecho generado. Bajo dicha perspectiva, en mi opinión, el Sexto TCC es más acertado que el Décimo TCC.

En justicia, es cierto que la distinción no es fácil. También es cierto que hay argumentos textuales⁴¹ y prácticos⁴² que apoyan ambas posturas. Sin embargo, existe una verdad jurídica que el redactor de la norma buscaba.

También es cierto que existen elementos para considerar que hay un traslape de facultades en la determinación de validez del acuerdo arbitral entre el árbitro y el juez. Dicha conclusión es invitada por la última parte del primer

⁴¹ Por ejemplo, podría argumentarse que la utilización del verbo ‘comprobar’ en la oración “El tribunal ... remitirá a las partes al arbitraje... a menos que **compruebe** que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable” necesariamente implica que el juez debe seguir un procedimiento en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, so pena de violar el artículo 14 Constitucional.

⁴² Por ejemplo, puede decirse que la determinación preliminar por el juez da certeza y ahorra recursos al evitar tener que litigar ante un árbitro con el riesgo que el juez eventualmente determine que carecía de competencia, lo cual generaría desperdicio. Pero también existen desventajas: invita chicanas y es contrario al deseo de las partes al pactar un acuerdo arbitral.

párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio.⁴³ Pero no es la mejor interpretación.

El verbo “remitirá” (al arbitraje) en el artículo 1424 es imperativo. No da discreción; solo obligación. El juez local debe abstenerse de conocer tanto del fondo de la controversia como de la competencia del tribunal (de cuyo género forma parte la validez del acuerdo arbitral). Esto es claro. Y no es objeto de discusión. Pero la trama de la obra (la esencia del debate) no radica en esto. Se centra en un aspecto mucho más sutil e indefinido: no obstante que le corresponde al tribunal arbitral decidir sobre la validez del acuerdo arbitral, dado que la remisión está exceptuada a la determinación *por el juez* de la validez del acuerdo arbitral, ¿debe entenderse que, en ejercicio de la facultad de remitir al arbitraje, es *sólo* al juez a quien le corresponde dicha determinación?⁴⁴

La respuesta es negativa. Dicha determinación le corresponde al árbitro. El juez podrá revisar la conclusión a la que llegue el árbitro, pero sólo una vez que el árbitro se haya pronunciado. No antes. De lo contrario, existirían cuatro⁴⁵ instancias judiciales para analizar la validez del acuerdo arbitral (sin contar recursos y amparos). Y *competence de la competence* no significará que es primero al árbitro a quien le corresponde decidir sobre su competencia, sino ‘es *a veces* al árbitro a quien le corresponde decidir primero sobre su competencia’. El efecto derogatorio del principio es evidente.

⁴³ Como así lo consideró el Décimo TCC. En forma relevante, existe inclusive otro argumento textual que no he escuchado a nadie decir: si el deseo legislativo fue que un juez local se abstuviera de decidir hasta que el tribunal arbitral haya decidido sobre su competencia, ello pudo haberse establecido expresamente en el artículo 1424, como se ha hecho en otros instrumentos; por ejemplo, el artículo 7(3) de la Convención Europea de 1961.

⁴⁴ Entendido de esta manera queda en manifiesto que no se trata de una violación al deber de referir al arbitraje o la violación por el juez de lo que se conoce en la doctrina como el efecto negativo del acuerdo arbitral (la obligación del juez de no conocer del fondo de la controversia), pues no conocerá del *fondo*, solo de la validez del acuerdo arbitral.

⁴⁵ Al momento de la remisión (artículo 1424), una vez emitido el laudo parcial jurisdiccional (tercer párrafo del artículo 1432), al momento de la nulidad (artículo 1457(I)(a)) y al momento del reconocimiento y ejecución del laudo (artículo 1462(I)(a)).

VI. EL TROPIEZO JUDICIAL Y SU (VERDADERO) IMPACTO

En esencia, la interpretación del Décimo TCC es errónea puesto que:

1. Es contraria al espíritu y mecánica del artículo 1424 del Código de Comercio y II(3) de la Convención de Nueva York;
2. Amputa los efectos de la frase “*El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje*” contemplada en el tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio. Ello viola el principio de interpretación *ut magis valeat quam pereat* (un texto debe ser interpretado de tal forma que se le de efecto).
3. Inventa (improvisa) aun otra instancia de revisión por el juez de la jurisdicción del árbitro. (Además de poderla revisar al final⁴⁶ y durante,⁴⁷ también lo podrá hacer al inicio.)
4. Es contraria al artículo 1421 del Código de Comercio.
5. Merma el deseo de las partes de contar con un procedimiento arbitral no-judicializado.

Sin embargo, no hay por qué ser alarmista. Si bien desafortunada, la decisión no implica la muerte del arbitraje o de su eficacia. El derecho arbitral cuenta con instrumentos que reducen el impacto negativo de la decisión. Ante una solicitud de pronunciamiento judicial de la validez del acuerdo arbitral el tribunal arbitral puede continuar con el procedimiento. No está obligado a detenerlo. El segundo párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio le da dicha facultad, misma que fue diseñada expresamente para que el árbitro pueda evitar que una táctica dilatoria sea exitosa. A su vez, de tener mérito la solicitud, el árbitro puede

⁴⁶ En el contexto de la nulidad (artículo 1457(I)(a) del Código de Comercio) y reconocimiento y ejecución (artículo 1462(I)(a) del Código de Comercio).

⁴⁷ Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

suspender el procedimiento en aras de obtener un pronunciamiento judicial y evitar el tener que seguir un procedimiento arbitral en base a un acuerdo arbitral posiblemente inválido. Como puede verse, se trata de una facultad cuidadosamente calibrada para eficientemente abordar situaciones procesales ubicadas en polos opuestos. Lo único que se requiere es un árbitro sofisticado.

Ante lo anterior, podría preguntarse entonces si en verdad es desafortunada la postura del Décimo TCC. Después de todo, la determinación judicial previa dará seguridad jurídica y en verdad no entorpecerá el procedimiento arbitral.

La aseveración sobre los efectos es verdadera, pero la conclusión es falsa. Es cierto que el derecho arbitral remedia el efecto (otrora) negativo de la mala decisión. Pero ello no resta que sea justamente eso: mal derecho.

El motivo es que se está ignorando el diseño del esquema. De hecho, se está repitiendo un debate que tuvo lugar hace muchas décadas: ¿quién debe decidir la jurisdicción del tribunal arbitral? —¿el juez o el árbitro? Fue dicho debate el que dio origen al principio *Kompetenz-Kompetenz* (o, más bien, su enunciación vigente: *competence de la competence*), y su consagración en los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.

Como puede verse, la postura del Décimo TCC ignora décadas de historia y experiencia arbitral, y revive un debate superado. Desconocer dicho debate y experiencia, así como sus efectos y objetivos, es un caso de ignorancia supina. Inclusive, me recuerda el aforismo del historiador Carlos Santayana: quien ignora la historia está condenado a repetirla.

En caso de que los temores se actualicen y la Corte adopte la postura del Décimo TCC, para que dicha desafortunada decisión no se torne en una tragedia, existen ciertos pasos que pueden tomarse, y que se sugieren:

1. Que los jueces que conozcan de la determinación de validez del acuerdo arbitral adopten un estándar de revisión limitado. Por ejemplo, *prima facie*.⁴⁸ De esta manera, se cumplirá tanto con el mandato de la Contradicción (suponiendo que su sentido sea el anticipado), como con el objetivo que originalmente tuvo el precepto.
2. Que se realice sumariamente. Es decir, que los pasos y tiempos procesales que se sigan sean rápidos, y se resuelva desde luego.
3. Que, en casos de solicitudes frívolas, temerarias o que busquen únicamente retrasar o entorpecer el procedimiento arbitral, el juez sea proclive a realizar condenas en costas judiciales. De esta manera se confeccionará una norma auto-equilibrante.⁴⁹

En resumen, de seguirse los pasos descritos (una aplicación *expedita* aunada a un nivel de revisión *limitado*) se corregiría el error, devolviéndole su sentido original a la norma.

⁴⁸ Vale la pena realizar un comentario sobre lo que significa *prima facie*. Es el nivel de prueba más bajo que existe. Se distingue de otros niveles de prueba como lo son 'preponderancia' (*by the preponderance of the evidence*) que es el umbral probatorio utilizado por algunas jurisdicciones en materia civil y mercantil, y 'sin duda razonable' (*beyond a reasonable doubt*) que es el nivel probatorio requerido en materia penal. En el nivel de prueba *prima facie*, lo único que se requiere es una prueba, aunque no sea persuasiva o contundente, aunque inclusive genere más dudas de las que resuelva, para hacer una determinación *preliminar*. La determinación *final* sobre el hecho controvertido la realizará el órgano competente para ello, valorando todas las demás pruebas y analizando los argumentos jurídicos y fácticos sobre ello.

⁴⁹ Por norma "auto-equilibrante" deseo aludir a normas que en su diseño contemplan mecanismos que evitan el abuso del derecho que contemplan, aun sin la necesidad de llegar a la ejecución judicial coactiva del mismo. Se trata de un mecanismo que el análisis económico del derecho sugiere que tenga lugar para procurar normas eficaces. Pondré un ejemplo (apalancándome en el tema objeto de discusión). En caso de que los jueces hagan condenas importantes en costas a partes cuyo **uso** de un derecho se convierte en **abuso** del mismo, se llegará a un resultado que considero sano: suponiendo sofisticación del practicante involucrado, se pensará dos veces el ejercicio de una acción, y la enderezará únicamente cuando considere que tiene cierto mérito, y no como chicana. De lo contrario, podría encarecer la controversia en detrimento de su cliente. Es decir, le haría un contra-servicio. Los efectos accesorios son importantes: habrán menos recursos, y tendrán un aura de mayor legitimidad. (El término "auto-equilibrante" no encuentra, que yo sepa, eco en la literatura. Lo he acuñado con mis alumnos de análisis económico del derecho.)

Los estudiosos de la técnica jurídica encontrarán estímulo en esto, pues será mediante la forma de *aplicación* de la norma que se corregirá (o, más bien, subsanará) la errada *interpretación* de la misma.

VII. COMENTARIO FINAL DE LA OBRA

Tal como en la (extraordinaria) novela de Don Gabriel García Márquez *Crónica de una Muerte Anunciada*, este estudio comienza anticipando un infortunio futuro. Admito que no tengo certeza sobre ello. Sólo sospechas. Pero —y como en la citada novela— las sospechas las compartimos varios.

En este estudio se busca evitar incurrir en el error cometido por todos los conocidos de Nasar: callar las anunciadas intenciones de los gemelos Vicario, que propició que Santiago Nasar fuera —en palabras de García Márquez— ‘destazado como un cerdo’.

De materializarse el evento (que la Contradicción apoye la postura del Décimo TCC), se degollará el principio *competence competence*, y se generará una jurisprudencia que constituye mal derecho. Los motivos han sido detallados, al igual que sus efectos.

Para que el arbitraje funcione tanto los tribunales arbitrales como la judicatura deben entender el papel que juegan. No compiten. *Cooperan*. La sinergia que el derecho arbitral contempla descansa en una cuidadosa distribución de papeles; tal como sucede en una obra de teatro. De allí el paralelismo que a lo largo de este documento se traza entre ambos. Para que la obra logre el objetivo deseado, los actores deben seguir el guión. Pueden darle su sabor, pero deben seguirlo al pie de la letra. De lo contrario, estarán o sobre- o sub-actuados; y los perjudicados serán la obra y el público.

La decisión del Décimo TCC sobreactúa el papel del juez de la remisión. Mal-interpreta el guión y lo reescribe —desafortunadamente con menos tino y

elocuencia que el redactor original. Es de esperarse que la postura se rechace. En caso contrario (es decir, en caso de que la postura del Décimo TCC sea seguida por la Contradicción), es de esperarse que el tiempo demuestre que la postura es mal derecho y que eventualmente la Corte corrija el sentido de dicha jurisprudencia, buscando que cada actor se ciña a su papel.

El zig-zag procesal merece un comentario. Se ha dicho que ello refleja ignorancia de la judicatura sobre la materia. Disiento. Se trata de un tema abierto y que no es evidente. Las diferentes posturas eran de anticiparse. Y es por ello que su definición por la Contradicción es importante.

No quiero concluir sin antes comentar un pasaje de la sentencia del Décimo TCC:

“...del [1424] se conduce a establecer que respecto de la acción de nulidad de un acuerdo de arbitraje, un juez será el competente para decidir sobre esa nulidad, si se ejerce la acción ante él, empero tal acción no impide que se inicien o continúen las actuaciones arbitrales e incluso se puede dictar el laudo en tanto esté pendiente ante el juez la decisión de la nulidad, como lo dispone el mismo precepto legal.”⁵⁰

Dicho pasaje constituye el punto de partida del desvío del razonamiento del Décimo TCC. La desviación es exigua, casi imperceptible, por lo que es fácil pasarla por alto. Pero —y si se me permite aun otra metáfora— sucede como con las embarcaciones cuyo timón está ligeramente mal dirigido. Quienes veléan me entenderán. Lo que en un inicio constituye una diferencia imperceptible, conforme se avanza, arroja un resultado diametralmente opuesto al que debió tener: la barca arriba a otro puerto. Es esto lo que sucedió con el Décimo TCC: una premisa de su razonamiento estaba irrisoriamente desviada, y la conclusión sufrió las consecuencias.

⁵⁰ Recurso de revisión 31/2005, sentencia del 1º de marzo de 2005, pgs. 61 – 62.