

LA MODIFICACIÓN AL DERECHO ARBITRAL MEXICANO. UN COMENTARIO

Francisco González de Cossío*

Bertrand Russell solía decir “lo que la gente está dispuesta a creer ante información contradictoria o insuficiente, dice mucho de ella”. La experiencia observable ante la reciente¹ modificación de Derecho arbitral mexicano da testimonio del proverbio. Para el experto conocedor de las corrientes internacionales de arbitraje y las dudas y problemas relacionadas con el Derecho arbitral mexicano, incluyendo la praxis desde la adopción del régimen moderno en 1993, la Reforma no merece otro adjetivo que “fantástica”. Sin embargo, existen voces escépticas. Voces que ponen el paso en entredicho, reduciendo su apreciación al último párrafo del último artículo de la Reforma. Como aquel crítico culinario que, después de degustar ocho tiempos de manjares, limita su evaluación a “me hubiera gustado que la servilleta fuera colocada del lado izquierdo”, el crítico jurídico de la Reforma se ciñe a ver el pelo en la sopa, y pasar por alto los logros que el resto de la misma aporta.

Explicaré porqué la metáfora no es estirada haciendo un comentario sintético de la Reforma a la luz de su trasfondo y temas que resuelve.

I. Ejecución de Acuerdos Arbitrales

Con respecto a acuerdos arbitrales, dos cuestiones fueron resueltas con la Reforma:

- a) Esclarecimiento del régimen de ejecución del acuerdo arbitral; y
- b) Corrección de la postura mexicana sobre *compétence-compétence*.

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

1 Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2011 (“Reforma”).

A. Ejecución del acuerdo arbitral

La práctica mostraba diversidad de formas en que el artículo 1424 del Código de Comercio era entendido y cumplido tanto por practicantes como por nuestra judicatura.² Gracias a la Reforma, se ha esclarecido que los acuerdos arbitrales deben ser sumariamente ejecutados, remitiendo a las partes al arbitraje “de inmediato”.³ Para ello, se han regulado explícitamente los pasos que el juzgador debe seguir.⁴ Ante la diversidad de prácticas y ubicuidad de cuestionamientos, la Reforma cumple el doble propósito de fomentar la ejecución del pacto arbitral y dar certeza jurídica a todos los involucrados: desde las partes, sus abogados y los jueces, quienes deseaban cerciorarse que su actuar era adecuado.

B. Compétence

La Reforma pone fin a un (candente pero delicioso) debate en el foro mexicano sobre a quién asiste la facultad de decidir sobre la validez del acuerdo arbitral.⁵ Más aún, se trata de una corrección legislativa del único error judicial que a la fecha existía desde la adopción de Derecho arbitral moderno (en 1993): la siguiente solución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a una contradicción de tribunales colegiados.⁶

ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL.

Ésta contradicción ha sido objeto de observaciones diversas.⁷ La Reforma cambia dicha (irónica⁸) decisión. El (nuevo) artículo 1465 del Código de Comercio corrige el

2 Para conocer la problemática, se recomienda Graham Tapia, *LA REMISIÓN JUDICIAL DE UN LITIGIO AL ARBITRAJE*, en *DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS SOBRE LOS SISTEMAS DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, Tomo II, 2004 y González de Cossío, *EJECUCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL: AÚN UN PRISMA OPACO*, en *ANÁLISIS Y PROPUESTA DE MEJORA AL MARCO JURÍDICO MEXICANO*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, México, D.F., 2010, p. 1491, también visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

3 Artículo 1465 del Código de Comercio.

4 Artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio.

5 Para conocerlo, ver González de Cossío, *EL DEBATE SOBRE LA POSTURA MEXICANA SOBRE QUIÉN DECIDE LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL*, Lex Negotii III, Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C., DoFiscal, enero 2011, p. 89.

6 Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006. (Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz.)

7 Para conocer el debate, consúltese, *DE NECIOS Y DE CONVENCIDOS: EL DEBATE SOBRE LA POSTURA MEXICANA SOBRE QUIÉN DECIDE LA VALIDEZ DEL ACUERDO ARBITRAL*, Revista de Derecho Privado, tercera época, número 1, 2011 (también visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

8 El adjetivo obedece a lo que posiblemente es el argumento más conspicuo en contra de dicha decisión: *para arbitrar, hay que litigar*—una ironía, si se recuerda que las partes, al pactar arbitraje, lo que deseaban era justamente que su disputa no se

malentendido. En lo sucesivo, si existe un cuestionamiento al acuerdo arbitral o al contrato que lo contiene, a menos que la nulidad del acuerdo arbitral sea “notoria”⁹—cuya determinación debe obedecer a un “criterio riguroso”¹⁰— el juzgador *tiene* remitir a las partes al arbitraje *de inmediato*¹¹ para que el Tribunal Arbitral decida sobre ello, conforme a la primera oración del artículo 1432 del Código de Comercio, que establece lo que debe entenderse como la regla correctamente expuesta:

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.

Claramente, un paso a favor de la rectitud y eficacia del Derecho arbitral mexicano.

II. Arrugas Procesales

Existían dudas sobre el régimen procesal con respecto a ciertos temas. A continuación se explicará por tema la aportación que hace la Reforma.

A. Cooperación judicial en el arbitraje

Existen instancias de cooperación judicial en el arbitraje cuya tramitación había generado duda. Por ejemplo:

1. La designación de árbitros por omisión de las partes o Presidente del tribunal arbitral ante desacuerdo de los árbitros de parte ya nombrados;¹²
2. La cooperación judicial en el desahogo de pruebas en arbitraje;¹³
3. Consulta a la judicatura sobre los honorarios del tribunal arbitral.¹⁴

La Reforma esclarece tanto la vía (jurisdicción voluntaria¹⁵) como los pasos procesales para obtener cooperación judicial en los (excepcionales¹⁶) casos en los que se ruega la cooperación de nuestro Poder Judicial para resolver encrucijadas arbitrales.^{17,18}

De nuevo, otro paso que esclarece y eficientiza Derecho arbitral.

canalizara a tribunales. Para entender porqué, véase *LA IRONIA DE COMPETENCE-COMPETENCE*, en *LIBER AMICORUM BERNARDO CREMADES*, M.A. Fernández-Ballesteros y David Arias (eds.), La Ley. Wolters Kluwer, Club Español del Arbitraje, Madrid, 2010, p 521.

9 Artículo 1465(a) del Código de Comercio.

10 Artículo 1465(b) del Código de Comercio.

11 Proemio del artículo 1465 del Código de Comercio.

12 Fracciones III y IV del artículo 1427 del Código de Comercio.

13 Conforme al artículo 1444 del Código de Comercio.

14 Artículo 1454 del Código de Comercio.

15 Artículo 1466 del Código de Comercio.

16 Artículo 1421 del Código de Comercio.

17 Artículos 1466 a 1469 del Código de Comercio.

18 Para abundar sobre el régimen y alcance, véase González de Cossío, *ARBITRAJE Y LA JUDICATURA*. Ed. Porrúa, México, D.F., 2007 y *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, México, D.F., tercera edición, 2011, pp. 624 *et seq.*

B. Juicio especial

Se creó un juicio especial sumario¹⁹ para los siguientes temas:²⁰

1. Recurrir la resolución de recusación de un árbitro;²¹
2. Recurrir la resolución sobre competencia del tribunal arbitral;²²
3. Obtener medidas precautorias *judiciales* en apoyo al arbitraje;²³
4. Ejecutar medidas precautorias emitidas por un tribunal arbitral;²⁴
5. Nulidad de transacciones comerciales;
6. Nulidad de laudos arbitrales;²⁵
7. Ejecución de laudos arbitrales.²⁶

Se trata de un régimen claro y veloz. Pero además, la Reforma procura dos beneficios adicionales. Primero, el artículo 1471 del Código de Comercio esclarece que los laudos arbitrales no se “homologan”, sólo se *ejecutan*. La utilidad de ello reside en la (enorme) cantidad de tesis judiciales sobre el tema que aluden a la ‘homologación’ del laudo. Todas dichas tesis han malentendido el procedimiento de ejecución del laudo,²⁷ concibiéndolo como si se pareciera a la ejecución de una sentencia extranjera, la cual sí requiere *exequatur*. El laudo es fundamentalmente distinto. No requiere ser homologado, sólo ejecutado.²⁸

Segundo, muchas de las tesis judiciales actuales trataban al juicio de nulidad y el juicio de ejecución como ‘incidente’. Ello obedeció a una arruga textual contenida en los antiguos artículos 1460 y 1463 del Código de Comercio. La arruga se ha planchado: ahora se regula como juicio especial. Por ende, toda la estela de tesis judiciales que sostenían que el Juicio de Amparo que procedía era el *indirecto*, deben dejar de ser aplicables. El correcto es el Juicio de Amparo *Directo*, pues el fallo que derive del mismo será una sentencia definitiva que pone fin a juicio.²⁹

De nuevo, otro paso a favor de la claridad y eficacia³⁰ de Derecho arbitral.

19 Artículos 1472 a 1477 del Código de Comercio.

20 Artículos 1470, 1471 y 1477 del Código de Comercio.

21 Artículo 1429 del Código de Comercio.

22 Artículo 1432, tercer párrafo, del Código de Comercio.

23 Artículo 1425 del Código de Comercio.

24 Artículo 1433 del Código de Comercio.

25 Artículos 1460 y 1477 del Código de Comercio.

26 Artículo 1461 a 1463 y 1472 a 1476 del Código de Comercio.

27 Es de admitirse que el error no es sustantivo, solo semántico: cómo se denomina la figura. En cuanto a proceso, afortunadamente no se maneja como una homologación, sino solo un reconocimiento y ejecución.

28 No entender esto genera incumplimiento no solo de Derecho mexicano (artículo 1461 del Código de Comercio) sino internacional (artículo III de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de la cual México es parte (decreto de promulgación el 22 de junio de 1971).

29 Artículo 158 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

30 Particularmente dado que se hace aplicable el juicio de garantías uni-instancial, en vez del bi-instancial, lo cual redundará en menos pasos procesales, reducción de tiempos, y eliminación de oportunidades para tácticas dilatorias.

III. Medidas precautorias

Las medidas precautorias son un instrumento de eficacia de todo proceso. El arbitral no es una excepción. La Reforma esclarece su régimen y adopta un paso novedoso e importante. A continuación se explicará, atendiendo a las aportaciones que la Reforma hace con respecto al régimen de medidas precautorias emitidas por jueces y por tribunales arbitrales.

A. De juez nacional

La Reforma esclarece que el juez tendrá “plena discreción” para adoptar las medidas precautorias en apoyo al arbitraje que le autoriza el artículo 1425 del Código de Comercio.³¹ La plausibilidad del paso se percibe si se conoce el debate sobre el alcance de las facultades del juez para emitir medidas precautorias siendo que en procesos mercantiles sólo se cuenta con dos: arraigo y embargo precautorio,³² lo cual reducía la utilidad del instrumento. Gracias a la Reforma se ha esclarecido lo que algunos sugerían:³³ que se entendiera que la limitante indicada se ceñía a juicios mercantiles bajo los primeros tres títulos del Libro Quinto del Código de Comercio. Cuando se trate de arbitraje, el juez nacional puede emitir otras medidas precautorias. ¿Cuáles? Las que considere adecuadas dadas las circunstancias de la disputa.

Aún otro paso en apoyo a la eficacia en arbitraje.

B. De tribunales arbitrales

La Reforma toma el vanguardista paso de permitir la ejecución *judicial* de medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales.³⁴ El paso es fabuloso. Sitúa a Derecho arbitral mexicano como una jurisdicción de vanguardia.³⁵ Pero no sólo eso, corrige la única desventaja de obtener medidas precautorias de tribunales arbitrales (en comparación con la alternativa: solicitarla del juez nacional): su incoercibilidad judicial.³⁶

El paso hace que la elección de acudir al arbitraje sea aún más atractiva, pues las medidas que el tribunal arbitral emita no sólo pueden ser más amplias en su contenido, sino también tan ejecutables como las obtenidas de un juez nacional.

De nuevo, otro paso favorable.

31 Artículo 1478 del Código de Comercio.

32 Artículo 1171 del Código de Comercio.

33 González de Cossío, *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, México, D.F., primera edición, 2004, p. 365.

34 Artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio.

35 La idea encuentra su origen en la modificación que la UNCITRAL realizó en 2006 al artículo 17.H de la Ley Modelo.

36 Para ello, véase *ARBITRAJE, ob. cit.*, p. 676 *et seq.*

C. *El pelo en la sopa*

En la recta final de la aprobación legislativa de la Reforma, se incluyó la siguiente oración:

De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.

Para cualquiera que conozca, no sólo Derecho Arbitral, sino Derecho Procesal, los motivos por los que la disposición es errónea son evidentes. Con afán constructivo varios sondeamos la preocupación detrás del autor de la frase.³⁷ La única respuesta fue “para evitar casos de abuso”. ¿Pero qué casos de abuso? Quienes nos dedicamos al arbitraje no percibimos que exista un ‘abuso’ en las medidas precautorias. Más aún, si es que ha existido *alguna* instancia de una mala medida precautoria³⁸ —algo que estoy dispuesto a suponer para efectos expositivos y argumentativos— la forma de manejar el ‘abuso’ ya está contenida en el régimen de la medida precautoria (que incluye un régimen de responsabilidad tanto de las partes como de los emisores). Y lo hace de una manera correcta y sofisticada—nutrida de experiencia local e internacional. Ante ello, queda evidenciado que añadir una regla de responsabilidad como se hizo³⁹ es el equivalente jurídico de remachar atropelladamente una maquinaria suiza cuidadosamente calibrada.

IV. Comentario final

Bertrand Russell tiene razón. Ante dispersidad de información, la conclusión a la que el intérprete arriba asoma aquello que quienes estudian cómo los individuos razonan llaman las “predisposiciones”: aquel bagaje que todos tenemos en el subconsciente. El sedimento intelectual que sirve de trasfondo (y con frecuencia fundamento verdadero) de las decisiones que tomamos, y que tanto influye en nuestro actuar.

Respetuosamente, quienes observan la reforma de Derecho Arbitral mexicano del 27 de enero de 2011 y lo único que ven es el último párrafo, citándolo como fundamento de una mala calificación a la Reforma, asoman una predisposición negativa inmerecida. Me recuerdan a aquellas personas que se les invita a una elegante boda repleta de cortesías y delicias para, después de una velada maravillosa, reunirse y exclusivamente comentar que los meseros eran algo lentos en sus atenciones.

Mucho ganaríamos si fuéramos más serios en nuestras evaluaciones.

37 Los motivos y consecuencias del infortunio se comunicaron por diversas personas y organizaciones. No se obtuvo respuesta.

38 Lo cual difícilmente podría tildarse de una tendencia. Se trataría en todo caso de una situación aislada. Una aberración. Entenderlo en forma distinta cometería el error de generalizar a partir de la excepción.

39 O —más bien— procuró hacer, pues en su aplicación la norma no tiene el efecto indicado. Los motivos fueron agudamente explicados en la sesión que organizó el Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, en febrero de 2011. (Para conocerlos, puede acudirse a *ARBITRAJE*, pp. 695 *et seq.*)