

LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 2022 DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO PARA AMÉRICA DEL NORTE

Luis Omar Guerrero Rodríguez
Ximena Suárez Enríquez

I. Introducción

El decimoquinto aniversario de la promulgación en el Diario Oficial de la Federación del Decreto Promulgatorio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),¹ nos permite evaluar el papel del Estado Mexicano respecto del cumplimiento de su artículo 2022. Tal artículo se refiere fundamentalmente al fomento de los mecanismos alternativos para la solución de controversias comerciales privadas y, en especial, al uso del arbitraje.

El presente análisis resulta oportuno en un mundo que ha experimentado un cambio vertiginoso en la forma de hacer negocios en la actualidad. Así, mostramos el escenario que México afronta para cumplir sus compromisos internacionales en esta materia y aquellos elementos que la legislación nacional debe contemplar para ser competitivos como foro donde se puedan llevar a cabo arbitrajes y que sus laudos sean ejecutados adecuadamente.

El presente artículo enfatiza los aspectos prácticos y describe las situaciones reales que ocurren en el foro cuando utilizan los mecanismos alternativos para la solución de diferencias en materia comercial. Se pueden hacer ajustes en nuestra legislación que contribuyan a fortalecer el marco jurídico mexicano y que eviten cualquier imputación de los socios comerciales de México en torno a acusaciones de no cumplimiento del contenido del artículo 2022 del TLCAN. En esta tarea hay que cuidar que no exista una intromisión indebida en la labor del poder judicial mexicano que pueda mermar su independencia.

¹ Específicamente, el Decreto Promulgatorio se publicó el día 20 de diciembre de 1993 en el *Diario Oficial de la Federación*.

II. El artículo 2022 del TLCAN

Artículo 2022. Medios alternativos para la solución de controversias

1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.
2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.
4. La Comisión establecerá un Comité consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

La ubicación del artículo 2022 dentro del TLCAN es ilustrativa sobre su finalidad. Dicho precepto se encuentra en la Séptima Parte denominada “Disposiciones Administrativas Institucionales”; Capítulo XX, “De las Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la solución de controversias”; “Sección C “de los Procedimientos Internos y solución de controversias privadas”.

De esta forma, los mecanismos alternativos para la solución de controversias previstos en el artículo 2022 del TLCAN: (i) constituyen obligaciones a cargo del Estado Mexicano que implican una actividad positiva en su implementación; (ii) las acciones del Estado Mexicano deben tener un fundamento y respaldo institucional; (iii) las acciones respectivas deben hacerse a nivel interno; (iv) deben ser referentes a la materia comercial y, (iv) específicamente, deben versar sobre controversias comerciales *entre particulares*.

Tales elementos constituyen los criterios bajo los cuales es posible evaluar el papel del Estado Mexicano respecto al cumplimiento y observancia del artículo 2022 del TLCAN. Sin embargo, el cumplimiento de los lineamientos previstos por el mismo no se limita a la expedición de leyes ni a la restricción de la intervención estatal tratándose de mecanismos alternativos para la solución de controversias comerciales privadas. La redacción de este artículo permite a cada Estado adoptar las medidas que considere necesarias y adecuadas de acuerdo con su contexto y realidad particular a fin de lograr una efectiva armonización del orden jurídico interno de acuerdo con el contenido y objetivos que pretende alcanzar el artículo 2022 del TLCAN.

Las obligaciones específicas a cargo de los Estados tratándose de los medios alternativos para la solución de controversias comerciales privadas se encuentran contempladas en los apartados 1. y 2. del artículo 2022 del TLCAN. De acuerdo a ellos, los Estados Parte se comprometen a (i) **promover** y **facilitar** el arbitraje y otros medios alternativos, así como a (ii) **disponer de procedimientos adecuados que aseguren** la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.²

Bajo el anterior escenario, discutiremos si el Estado Mexicano ha promovido y facilitado los medios alternativos para la solución de controversias, y si ha dispuesto de procedimientos adecuados para la ejecución de convenios que de ellos deriven, en especial, de laudos arbitrales.

En los siguientes apartados nos referiremos a las acciones del Estado Mexicano para la implementación del artículo 2022 del TLCAN. De forma particular abordaremos (i) el fundamento constitucional de los medios alternativos para la solución de controversias y (ii) la situación actual en México de la mediación comercial y del arbitraje comercial y su interpretación por la judicatura mexicana.

² Podemos dividir las acciones a cargo del Estado Mexicano respecto al artículo 2022 del TLCAN en acciones positivas y negativas. Las positivas son aquellas en las que se requiere una acción o intervención directa del Estado en atención a la obligación que pretende cumplir. Así, por ejemplo, la “promoción” de los MASC se materializa mediante la expedición de leyes y/o mediante la publicidad que de las mismas se haga. Sin embargo, las obligaciones asumidas por el Estado Mexicano también pueden tener contenido negativo o de abstención, esto es, en determinados casos, el Estado cumple con su obligación, ya sea de promoción, facilitación o disposición de un procedimiento adecuado al abstenerse en realizar una determinada conducta. Por ejemplo, no intervenir –excepto en las situaciones excepcionales de control y vigilancia– en procedimientos relacionados con el arbitraje y la mediación o incluso, no hacer una interpretación extensiva inadecuada de la ley sobre estos aspectos, abstenerse de estudiar el fondo de un laudo arbitral o convenio de mediación sin razón suficiente para ello o bien, absteniéndose de adoptar una postura estricta, formalista o rigorista en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

III: Las Acciones del Estado Mexicano para la Implementación del Artículo 2022 del TLCAN³

III. A Reforma constitucional en materia de medios alternativos para la solución de controversias

Los tratados internacionales (i.e. TLCAN) no pueden ser contrarios a la Constitución Mexicana por mandato expreso de su artículo 133.⁴

Más que una acción del Estado motivada por el cumplimiento a las obligaciones asumidas en el artículo 2022 del TLCAN y dirigida principalmente al sistema de justicia penal, el 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto Promulgatorio de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por medio del cual, entre otras cuestiones, se elevan a rango constitucional los MASC.

En consecuencia, se modificó el tercer párrafo del artículo 17 constitucional para quedar en los siguientes términos: *“Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución*

3 Un primer aspecto que resulta vital implementar es una **sistematización** adecuada de los asuntos que se tramitan en materia arbitral y que llegan a los tribunales, tanto locales como federales. En virtud de lo dispuesto por el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la materia comercial –y consecuentemente los medios alternativos que de allí deriven, incluyendo el arbitraje–, pueden terminar en tribunales locales o federales a elección del actor, cuando únicamente se diriman intereses particulares. Contar con tal radiografía auxiliaría a que tuviéramos un mejor diagnóstico de los tiempos, resultados, consistencia de criterios, etc., cuando los asuntos alcanzan la esfera judicial, ya sea por procedimientos en donde se involucra el desconocimiento o rechazo de la cláusula arbitral, la solicitud de medidas cautelares, designación o recusación de árbitros, remisión de las partes al arbitraje, nulidad o reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales. Desconocemos cual ha sido el impacto del arbitraje –en concreto– en otras entidades de la República Mexicana porque no existe un proceso aglutinador estadístico y sistematizado que permita contar con la información relevante para hacer un diagnóstico completamente objetivo.

En el campo federal, la tarea requiere un ejercicio de sistematización semejante. La obligación del artículo 2022 del TLCAN es de tal forma trascendente que amerita que cada Juzgado llevara un registro que permitiera identificar que efectivamente se trata de un asunto arbitral. Tal circunstancia no ocurre así porque los asuntos arbitrales comerciales que eventualmente pudieran ser reportados como tesis aisladas o jurisprudencias dependen de que el Tribunal Colegiado de Circuito solicite su publicación como tesis relevante y ésta queda identificada bajo un rubro de “civil”, en lugar de “arbitraje” o “mercantil”.

De hecho, en la primera reunión del Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas del Artículo 2022 del TLCAN celebrada en noviembre del 1994 en la Ciudad de México, se acordó la formación de subcomités con la finalidad primordial de conocer el estado de los MASC en México, Estados Unidos de América y Canadá. En ese momento, y dada la reciente suscripción del TLCAN, no se contaban con datos confiables al respecto; sin embargo, los países contratantes reconocieron la importancia de contar con datos e información sobre el estado de los medios alternos para la solución de controversias para estar en posibilidad de realizar una verdadera evaluación del papel de cada país en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el artículo 2022 del TLCAN. Por ello, en todas las reuniones del Comité invariablemente se hace mención de los avances en materia de sistematización y obtención de información en cada país suscriptor del TLCAN respecto al estado de los MASC (las actas de las reuniones del Comité hasta el año 2006 se pueden consultar en la página: http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_5.aspx?DetailId=1028).

Cabría cuestionarse si en caso de ser requerido por alguno de los socios comerciales del TLCAN, tendríamos la capacidad y posibilidad de dar respuesta inmediata sobre el estado actual de los medios alternos para la solución de controversias en nuestro país, en particular, en lo que se refiere a los procedimientos para la ejecución de laudos arbitrales.

4 Ver tesis de rubro: **“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL**, Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Abril de 2007; Pág. 6; [T.A.]” y **“TRATADOS INTERNACIONALES. DEBEN PRESUMIRSE APEGADOS AL TEXTO CONSTITUCIONAL HASTA EN TANTO SE DEMUESTRE SU INCONSTITUCIONALIDAD EN LA VÍA PROCEDENTE**, Localización: 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVI, Julio de 2007; Pág. 384; [T.A.]”

de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.”

De esta forma, cualquier controversia respecto a la constitucionalidad del arbitraje quedaría eliminada con la reforma al artículo 17 de la Constitución.⁵

En términos generales, los argumentos en que se resume la controversia sobre la constitucionalidad del arbitraje consisten en que (i) el tribunal arbitral podría ser considerado como un tribunal especial prohibido por el artículo 13 de la constitución, (ii) el arbitraje podría traducirse en una privación de derechos, bienes o posesiones sin la orden de algún tribunal estatal, cuestión expresamente contemplada en el artículo 14 constitucional y (iii) el arbitraje podría considerarse como una privación de la garantía de tutela judicial contenida en el artículo 17 de la Constitución.⁶

En un primer momento, este debate fue resuelto indirectamente con varios criterios judiciales emitidos por el Poder Judicial de la Federación.⁷ Dichos criterios judiciales sostienen la constitucionalidad del arbitraje en la voluntad de las partes es someterse a él.

Ahora, con la reforma al artículo 17 constitucional, los medios alternativos para la solución de controversias tienen un sustento constitucional en cualquier materia, tanto penal como comercial.

Sin embargo, quedan acciones pendientes por implementar en particular en materia legislativa y judicial para contar con un marco jurídico y legal completo e integral en materia de medios alternos para la solución de controversias.

III.B Mediación en materia comercial

Recientemente, la mediación como forma alterna para la solución de controversias ha sido promovida en las legislaturas locales por razón de la emisión de leyes especiales sobre mediación y otros MASC.⁸ Las leyes que se han emitido en esta materia regulan la mediación en cualquier ámbito: civil, mercantil y penal (en materia criminal, la tendencia es permitirla únicamente respecto a la reparación del daño, aunque algunas entidades federativas la permiten para ciertos delitos).

No obstante, al estar regulada la mediación mercantil en leyes locales, se invade la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para legislar en materia comercial (artículo

⁵ En las Constituciones anteriores a las de 1857 y 1917, se preveía expresamente la posibilidad de dirimir controversias por arbitraje. La razón de su eliminación del texto constitucional parece radicar en el advenimiento del Estado moderno y la monopolización de la función de impartir justicia. (Al respecto *vid* GUERRERO RODRÍGUEZ, Luis Omar, *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Comerciales de Naturaleza Privada en México*. Posgrado de Derecho Mercantil 94-95, Escuela Libre de Derecho, México, 2005, p.9).

⁶ GUERRERO RODRÍGUEZ, Luis Omar y César Martínez Alemán. *Setting-aside, Recognition and Enforcement of Private Commercial Arbitration Awards in México*. México, 2007, p. 2.

⁷ Registro No. 179667. Localización: Novena Época. Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Enero de 2005. Página: 411, Tesis: 1a. CLXXVI/2004, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Civil. “ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”

⁸ Al día de hoy, al menos 16 entidades federativas cuentan con una ley especial de mediación y otras más con acuerdos judiciales o administrativos que se refieren a este tema.

73 fracción X de la Constitución).⁹ A pesar de ello, México no cuenta con una ley de mediación federal en el ámbito de competencia y regulación de materia mercantil. Por ejemplo, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, publicada el 8 de enero del 2008 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y que entró en vigor el 8 de marzo del mismo año, “*fija las bases de la mediación como mecanismo alternativo para la solución de controversias entre particulares, mediante una serie de procedimientos administrados por el Centro de Justicia Alternativa institución dependiente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*”.¹⁰ Tal ley amerita los siguientes comentarios:

- (i) Es una ley local que regula la mediación mercantil, cuya facultad de legislar es exclusiva del Congreso de la Unión (artículo 73-X de la Constitución Federal);
- (ii) Únicamente contempla la mediación con intervención del Centro de Justicia Alternativa, dependencia del Tribunal Superior de Justicia y no entre particulares (artículo 9, fracciones I y III);
- (iii) Establece requisitos rigurosos y formales para la celebración del convenio de mediación (artículo 35) y;
- (iv) Establece procedimientos ineficaces para la ejecución del convenio, tales como la “re-mediación”, que es una segunda mediación que versa sobre el incumplimiento al convenio logrado en la primera mediación (artículo 37).

A pesar de la buena intención de las legislaturas locales en emisión de leyes sobre mediación, la realidad es que la regulación de este MASC necesita ser más detallada, específica y adecuada al contexto de nuestro país, para que guíe a los usuarios de este medio alternativo, así como a las autoridades encargadas, de su empleo sobre la mejor forma de aplicarlas e interpretarlas.

De otra forma, sucedería lo mismo que con el caso del arbitraje comercial, cuya inadecuada regulación e interpretación ha trastocado y afectado su esencia, beneficios y finalidad.

III.C Arbitraje Comercial en México

Actualmente, el arbitraje es el mecanismo alternativo para la solución de controversias más utilizado en materia comercial, de ahí la existencia de múltiples y variados criterios

9 Sobre este tema *vid. GUERRERO RODRÍGUEZ, Luis Omar. Reformas Pendientes al Código de Comercio Artículo preparado para la versión escrita de la plática impartida bajo el mismo título el 26 de junio de 2008 en el “Foro de Análisis a la Reforma Procesal Mercantil y la Necesidad de Actualizar el Proceso Civil Federal”* auspiciada por la Asociación Nacional de Magistrados y Jueces de Distrito, A.C. Dicho artículo aparecerá publicado en la Revista del Instituto de la Judicatura Federal del mes de noviembre de 2008. En este artículo ver el apartado relativo a la federalidad en materia mercantil. De igual forma, ver las implicaciones de una inadecuada regulación de los MASC en materia mercantil y la posibilidad de ejecutar un laudo civil bajo el contenido de la Convención de Nueva York de 1958 en **GUERRERO RODRÍGUEZ, Luis Omar, Diccionario Enciclopédico de Arbitraje**, voz “Arbitraje Civil”, de próxima publicación.

10 **TORRES LANDA RUFFO, Juan Francisco, Ximena Suárez Enriquez, et. al. Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal: una nueva opción para la solución de litigios.** Reporte Legal, Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C., número 59, correspondiente al mes de abril, México 2008, p. 2.

judiciales respecto a la naturaleza del mismo y respecto a sus procedimientos judiciales, los cuales se mencionarán a continuación.

La adopción por México de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial

El arbitraje comercial en México, surgió con la adopción en 1999 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo de CNUDMI o UNCITRAL) mediante la adición al Código de Comercio del actual Título IV, denominado “Del arbitraje comercial”, el cual es aplicable tanto al arbitraje nacional como al internacional.

La Ley Modelo de UNCITRAL contiene capítulos específicos para el caso de nulidad, así como de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, que fueron recogidos por nuestro país en su totalidad. Es importante mencionar que los aspectos procesales y procedimentales relativos a la nulidad y al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales son determinados por cada Estado adoptante de la Ley Modelo.

En el caso de México, el principal problema ha sido la elección de reglas procesales inadecuadas al contexto y realidad en que han de aplicarse.

La facultad de nuestro país de establecer los aspectos procesales a que se sujeta la aplicación de la Ley Modelo tratándose de los procedimientos de nulidad, así como de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales consiste a grandes rasgos en (i) la sustanciación incidental de los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución y (ii) la irrecurribilidad de las sentencias que se dicten en ellos.¹¹

Panorama legal y jurisprudencial del arbitraje comercial en México¹²

En la actualidad, el arbitraje comercial de naturaleza privada se encuentra regulado en el Título IV del Código de Comercio.

Las cuestiones sustantivas del arbitraje se contienen en los capítulos I a VII; las relativas a procedimientos judiciales para la nulidad o reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en los capítulos VIII y IX.

11 Dentro del título del Código de Comercio sobre el arbitraje comercial, se contempla la intervención judicial en diversas etapas del arbitraje o una vez concluido, en caso de ser necesaria (remisión al arbitraje, artículo 1424, medidas cautelares, artículo 1425 y 1433, nulidad de laudo arbitral, artículos 1457 a 1460 y, reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, artículos 1461 a 1463). Sin embargo, en el Código de Comercio solamente se señala la vía procedente (incidental) para el caso de los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, no existiendo previsión respecto a la vía procedente para casos distintos a ellos. Tal omisión legislativa ocasionalmente ha sido resuelta por precedentes judiciales. El criterio más novedoso fue emitido por el Juez Noveno de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, Fernando Rangel Ramírez, el 10 de septiembre del año 2007 bajo el siguiente rubro: “**VÍA INCIDENTAL. ES LA IDÓNEA PARA SOLICITAR AL JUEZ QUE RESUELVA EN DEFINITIVA SOBRE LA COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL ARBITRAL**”.

12 Tratándose de arbitraje internacional, México forma parte, entre otras, de las Convenciones de Nueva York de 1958 y de Panamá de 1975. Compartimos el criterio respecto a la necesidad de revisar la aplicabilidad y vigencia de la Convención de Panamá. Para abundar en este tema *vid.* VON WOBESER, Claus. *La influencia de la Convención de Nueva York en América Latina y en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, en el ciclo de conferencias “La Convención de Nueva York: 50 Años” en el marco del Día de las Naciones Unidas de la Convención de Nueva York 11er Día Internacional del Arbitraje de la IBA. Nueva York, Estados Unidos de América, 2008.

Específicamente, el procedimiento de nulidad de laudos arbitrales se regula en el capítulo VIII, “De la nulidad del laudo” (artículos 1457 a 1460) y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en el Capítulo IX “Reconocimiento y ejecución de laudos” (artículos 1461 a 1463).

Consideramos que la legislación mexicana en materia de arbitraje resulta insuficiente e inadecuada al contexto en que se aplica. De hecho, en varios foros a los que he podido acudir, se ha comentado que los aspectos y deficiencias procesales de estos procedimientos han sido la herramienta perfecta para quienes buscan que un laudo arbitral no se reconozca o ejecute.¹³

De ello podemos concluir que la solución a esas situaciones implica un compromiso conjunto de los actores involucrados: del legislador federal para hacer las reformas necesarias al Código de Comercio que permitan contar con un marco jurídico apto y adecuado para la realidad de México, de la judicatura, mediante una interpretación conforme de la ley que logre los objetivos que busca alcanzar, y de los practicantes mediante la implementación de las mejores prácticas profesionales para lograr la finalidad del arbitraje comercial.

Así, regular detalladamente los temas que pueden prestarse a interpretaciones perjudiciales para el arbitraje contribuirá a restablecer la confianza en éste mediante la adopción, desde el texto legal, desde la judicatura y desde el foro, de una postura pro-arbitraje y pro-ejecución de laudos.

El principio Competence-Competence en México

Uno de los principios esenciales y más importantes en el arbitraje, es el conocido como principio “*Competence-Competence*”. De acuerdo a este principio, el Tribunal Arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia.

En el artículo 1424 se prevé la remisión de las partes al arbitraje de la siguiente manera: “*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. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior, se podrá no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez*”.

En este caso, debía determinarse si este principio es aplicable aún en el caso en que se solicite, vía acción, la nulidad del contrato que contiene una cláusula arbitral o la cláusula arbitral misma. La respuesta es clara: sí. La única excepción al principio “*Competence-Competence*” se presenta en caso de que el acuerdo arbitral contenido en el

13 Los procedimientos de denegación de reconocimiento y ejecución –en vía de acción– no existen en el derecho mexicano. Conocimos en un estado del interior de la República Mexicana del procedimiento de “denegación de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral”, que no está contemplado por el Código de Comercio. Allí, la parte vencida en el arbitraje pretendía que, en caso de que nuestro cliente buscara el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, éste se negara al amparo de la sentencia obtenida en el procedimiento de “denegación”. No solamente era inexistente sino duplicaba instancias y convertía un derecho de excepción o defensa en un derecho de acción. Por supuesto, el origen de este problema no es exclusivamente la ley, sino la aplicación de la misma de parte de los jueces y la interpretación de los practicantes.

contrato sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible, sin embargo, tales características deber ser evidentes para poder ser causal de la nulidad del acuerdo arbitral.

En la contradicción de tesis 51/2005-PS, la Primera Sala de la SCJN¹⁴ decidió que, en caso de que el actor solicite la nulidad del contrato que contiene una cláusula arbitral o la nulidad de la cláusula misma, corresponde al juez y no al árbitro emitir la declaratoria respectiva sobre la validez de aquella. En nuestro concepto, tal decisión afecta la esencia y naturaleza del principio “*Competence-Competence*”, que constituye una de las bases del arbitraje.

Este criterio podría interpretarse como la ausencia de promoción y facilitación del arbitraje en México al amparo del punto 1 del artículo 2022 del TLCAN, y como un medio en el cual se está invitando a las partes a desconocer el acuerdo arbitral al invocar su nulidad o incluso del contrato en el que se contiene.

Sustanciación incidental de los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales¹⁵

Nuestro país determinó procesalmente que tanto el procedimiento de nulidad, como el de reconocimiento y ejecución (artículo 1460 del CCom. para el primer caso y 1463 del CCom. para el segundo) tendrían una “sustanciación” incidental mediante las reglas que el Código Federal de Procedimientos Civiles (“CFPC”) contempla para los incidentes procesales (artículos 360 y 341 a 344).¹⁶

La utilización de este ordenamiento es limitada a las cuestiones procesales que se regulan en los artículos 341 a 344 y 360, por ende, las situaciones que no se contengan expresamente en dichos artículos se rigen por el CCom.¹⁷

14 Registro No. 174303, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIV, Septiembre de 2006, Página: 5, Tesis: 1a./J. 25/2006, Jurisprudencia, Materia(s): Civil, “**ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL**”.

15 Aun cuando las reglas a que haremos mención son comunes tanto para el procedimiento de nulidad como para el de reconocimiento y ejecución, cada uno presenta particularidades. Por ejemplo: (i) el plazo para solicitar la nulidad es de tres meses, mientras que para el caso de reconocimiento y ejecución no hay un plazo específico (al respecto, hay dos interpretaciones, el de tres años contemplada en la fracción IV del artículo 1079 del CCom. aplicable para ejecución de sentencias en juicios especiales ó el plazo genérico de diez años para prescripción contemplado en el artículo 1047 del CCom.); (ii) el capítulo que regula el procedimiento de reconocimiento y ejecución señala los documentos que deben acompañarse al escrito inicial, mientras que para el caso de nulidad no ha previsión alguna al respecto y; (iii) el procedimiento de nulidad sólo puede iniciarse en el país en que se dictó el laudo, mientras que el de reconocimiento y ejecución puede iniciarse en diversas jurisdicciones sucesiva o simultáneamente, entre otras diferencias.

16 La “sustanciación incidental” de estos procedimientos representa la problemática en el caso de México, pues formal y legalmente tienen un calificativo procesal incidental que a la fecha ha determinado su naturaleza procesal por parte de la judicatura y de los practicantes. La realidad es que se ha dejado de lado la verdadera esencia de los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales, para definirlos en términos de las reglas procesales para su tramitación y sustanciación.

17 Registro No. 185741, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Octubre de 2002, Página: 1385, Tesis: 17o.C.37 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil, “**INCIDENTE DE RECONOCIMIENTO O EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL COMERCIAL. EN MATERIA DE RECURSOS, DEBE APLICARSE EL CÓDIGO DE COMERCIO**”.

Ambos procedimientos son de naturaleza mercantil y competencia concurrente,¹⁸ por lo que pueden tramitarse ante un juez local o federal.

A grandes rasgos, la sustanciación de los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución consta de las siguientes etapas procesales:

- (i) solicitud de reconocimiento o nulidad;
- (ii) contestación de la contraparte;
- (iii) dilación probatoria;
- (iv) audiencia de alegatos;
- (v) sentencia de reconocimiento o nulidad;
- (vi) amparo indirecto;
- (vii) recurso de revisión; y
- (viii) cumplimiento voluntario o ejecución coactiva.

El procedimiento de nulidad o de reconocimiento y ejecución se inicia con el escrito de parte correspondiente.¹⁹ En el mismo escrito deben ofrecerse las pruebas que se consideren pertinentes. Posteriormente, la contraparte tiene un plazo de tres días hábiles, tras el emplazamiento respectivo, para emitir su contestación, en la que debe ofrecer las pruebas respectivas.

Hecho lo anterior, se pueden presentar las siguientes situaciones:

- A. Si la contraparte no contesta la solicitud de reconocimiento o nulidad o las partes no ofrecen pruebas que ameriten desahogo especial, se les citará dentro de los siguientes tres días para la celebración de la audiencia de alegatos. A continuación, se dictará la sentencia respectiva en un plazo de cinco días.
- B. Si hay pruebas a desahogar²⁰ que se refieran exclusivamente a controversia sobre el derecho y no sobre los hechos, se abrirá una dilación probatoria por el plazo de diez días, en la que habrán de desahogarse las pruebas ofrecidas y admitidas de acuerdo a las formalidades que el artículo 343 del CPFC prevé al efecto.

En cualquiera de los dos casos, a continuación se abrirá la audiencia de alegatos en la cual alegará primero el actor y en seguida el ejecutado, con derecho a réplica y dúplica, sin que cada intervención exceda de más de media hora.

Finalmente, el tribunal debe dictar la sentencia respectiva dentro de los cinco días siguientes a la audiencia de alegatos.

¹⁸ El artículo 104 de la Constitución Federal establece que cuando se trate de la aplicación de leyes federales (como el Código de Comercio) y sólo se afecten intereses particulares, el actor podrá elegir entre la competencia de los juzgados locales o federales.

¹⁹ Para una explicación más detallada del procedimiento, *vid.* GUERRERO RODRÍGUEZ, Luis Omar. *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje. Voz Reconocimiento y ejecución del laudo*. Noriega Editores, México s/a.

²⁰ Normalmente no habría pruebas que desahogar puesto que el Juez competente no debe entrar al análisis de fondo del laudo y, por el contrario, se deben analizar temas de derecho o forma. De manera excepcional se requerirían temas fácticos (vgr., corrupción del tribunal arbitral). Del mismo modo, no se requiere ni debería admitirse en circunstancias nonnales, la confesión de los árbitros o la testimonial de la institución administradora.

Impugnación en los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales²¹

Recursos ordinarios.- En nuestro caso, el legislador federal determinó que las sentencias que se dicten tanto en el procedimiento de nulidad como en el de reconocimiento y ejecución no son recurribles (artículos 1460 y 1463 del CComCódigo de Comercio). Tampoco lo son las resoluciones intermedias que se dicten en el trámite de ambos procedimientos, aunque no por disposición de ley pero sí por jurisprudencia de aplicación obligatoria para los juzgadores.²²

Juicio de amparo.- La imposibilidad de recurrir las sentencias definitivas dictadas en este tipo de procedimientos mediante recursos ordinarios, deja como única posibilidad de impugnación al juicio de amparo.

El silencio de la ley sobre el amparo procedente para el caso de las sentencias dictadas en los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales

21 Recientemente, la primera Sala de la SCJN ha emitido varias tesis aisladas afirmando la constitucionalidad de la irrecurribilidad de las determinaciones judiciales (intraprocesales y finales) dictadas en los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

Dichos precedentes judiciales tienen los rubros siguientes: "LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRENTE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA"; "LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL NO PREVER UN RECURSO ORDINARIO CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL" y; "LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRENTE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL" ha determinado que es constitucional

De acuerdo a los mismos, la irrecurribilidad de las determinaciones judiciales de estos procedimientos:

(i) no vulnera la garantía de audiencia pues en el procedimiento incidental de ellos se da oportunidad a las partes de probar y alegar para proteger sus intereses;

(ii) no vulnera la garantía de debido proceso legal ya que ésta no dispone que todos los procedimientos deban tener una doble instancia, sino que el legislador respete las garantías de los gobernados; además de que éstos pueden acudir directamente al juicio de amparo y así evitar mayores dilaciones y;

(iii) no vulnera la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional debido a que la irrecurribilidad se justifica en que sería absurdo que se siguieran procedimientos arbitrales ágiles y sencillos y las cuestiones incidentales relativas no se tramitaran con celeridad, aunado a que en los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución no se imponen requisitos excesivos o innecesarios para acceder a los tribunales y siempre está la posibilidad de acudir al amparo.

22 Contradicción 40/2007-PS de la Primera Sala de la SCJN de rubro: "INCIDENTE DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL. NO SON RECURRIBLES LAS RESOLUCIONES INTERMEDIAS DICTADAS EN ÉL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO)". Técnicamente, el razonamiento de esta tesis es correcto pues efectivamente (i) el artículo 1463 del CCom. [que contempla la irrecurribilidad de las resoluciones de los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución] no distingue el tipo de determinaciones judiciales a que se refiere, por lo que debe entenderse que se refiere a todas y no solamente a la final, (ii) que ello se justifica en que los incidentes deben seguir la misma celeridad, practicidad y expeditividad del arbitraje del cual derivan, y (iii) de acuerdo a la regla procesal de que sólo serán recurribles los autos, decretos o interlocutorias si lo es la sentencia definitiva y si las definitivas de estos procedimientos no son recurribles, tampoco lo son las resoluciones intermedias u otras dictadas en los mismos. No obstante, dado el actual panorama del arbitraje en México y la cultura del litigio entre los profesionales del derecho, este criterio podría ser más perjudicial que benéfico para los procedimientos de reconocimiento y ejecución pues el estudio que se haga en el amparo indirecto sobre la validez de este procedimiento, da oportunidad alargar el procedimiento en la única etapa de impugnación del mismo, es decir, en amparo indirecto.

trasladó el debate al foro. Hasta hace poco, no existía una postura definida y obligatoria, ni entre los practicantes ni entre la judicatura, sobre este tema²³.

En forma genérica, el debate puede resumirse en determinar si los procedimientos judiciales para la nulidad o reconocimiento y ejecución son procedimientos principales y autónomos, o accesorios y dependientes del arbitraje. De la postura que se asuma al respecto, dependerá la naturaleza de las sentencias dictadas en ellos y los medios de impugnación procedentes y en gran parte la celeridad de dichos procedimientos judiciales.

El debate sobre este tema se resolvió con la contradicción de tesis 78/2007-PS de la Primera Sala de la SCJN y con las tesis aisladas emitidas por el Pleno de la SCJN²⁴ emitidas con motivo del caso conocido como "Monitor-Radio Centro"²⁵.

En ellos, se asumió por la judicatura el criterio relativo a la consideración de los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales como accesorios del arbitraje, que se llevan a cabo en la "etapa jurisdiccional" del mismo y,

23 La jurisprudencia que hasta antes del 2008 definía el medio de impugnación procedente en contra de sentencias dictadas en los procedimientos de reconocimiento y ejecución tiene el rubro siguiente: **"LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TERMINOS DEL ARTICULO 114, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO"**.

Sin embargo, es preciso aclarar que esta jurisprudencia obedeció a la sentencia dictada en un procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral civil y no a uno comercial, por lo que cabe cuestionarse su auténtica aplicabilidad a la materia comercial.

El mismo patrón se ha observado en la emisión de criterios judiciales respecto al amparo (directo o indirecto) procedente para impugnar las sentencias derivadas de procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. A la fecha, los precedentes judiciales se refieren únicamente a la sentencia que declara la nulidad de un laudo arbitral, más no a la que declara su reconocimiento y ejecución. Esta situación podría ser aprovechada para propiciar un criterio adecuado para este procedimiento en particular.

24 Los rubros de las tesis mencionadas son los siguientes: **"LAUDO ARBITRAL. CONTRA LA INTERLOCUTORIA QUE DECLARA SU NULIDAD PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO."**; **"LAUDO ARBITRAL. NO CONSTITUYE UNA SENTENCIA DEFINITIVA PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO"** y **"LAUDO ARBITRAL. LA INTERLOCUTORIA QUE RESUELVE EL INCIDENTE DE NULIDAD NO TIENE DEFINITIVIDAD PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO DIRECTO, POR LO QUE EN SU CONTRA PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO"**.

25 Este ha sido uno de los casos más emblemáticos a nivel nacional sobre arbitraje comercial y derivó de la controversia entre Monitor y Radio Centro, dos compañías radiodifusoras mexicanas. En él, Radio Centro fue condenado, mediante el laudo arbitral respectivo, al pago de ciertas prestaciones a favor de Monitor. Posteriormente, la nulidad de dicho laudo fue solicitada por Radio Centro mediante el incidente respectivo, el cual fue favorable a sus intereses.

En consecuencia, Monitor acudió al amparo indirecto a fin de revocar la sentencia judicial que declaraba la nulidad del laudo arbitral. La acción de amparo fue favorable a Monitor. A la vez, la respectiva sentencia de amparo fue impugnada mediante recurso de revisión por Radio Centro y remitida a un Tribunal Colegiado para su sustanciación. En tal etapa, el Colegiado reconvirtió la vía de amparo al considerar que el procedente es el amparo directo -y no el indirecto- para efectos de la impugnación de las sentencias derivadas de los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, cuya competencia corresponde al Tribunal Colegiado.

Por ello, asumió la competencia que consideró le correspondía y desestimó los argumentos de Monitor, confirmando la sentencia que declaró la nulidad del laudo arbitral. En condiciones normales, ésta hubiera sido la decisión terminal para el asunto. No obstante, mediante una estrategia hábil y muy creativa, Monitor consiguió llevar el asunto a la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante un recurso de revisión de amparo directo bajo el argumento principal de la interpretación directa de la Constitución en lo relativo al concepto de "sentencia definitiva" para efectos de la procedencia del amparo directo.

Finalmente, la SCJN decidió conceder la razón a Monitor respecto a la naturaleza de los procedimientos de nulidad de laudos arbitrales y respecto a la validez del laudo arbitral; sin embargo, la resolución de la Corte, que efectiva y auténticamente puede calificarse como una sentencia justa para el caso particular, afectó -sin quererlo- la esencia del arbitraje y de los procedimientos judiciales para la nulidad o reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, al establecer un sistema de impugnación inadecuado, largo y no expedito para las sentencias que deriven de ellos.

por ello son equiparables a actos dictados fuera de juicio impugnables en amparo indirecto y en recurso de revisión.

En realidad, la explicación detrás de esa conclusión es mucho más compleja. Para la judicatura, dichas resoluciones:

- Son procedimientos incidentales ventilados ante una autoridad jurisdiccional.
- Al ser dictadas fuera de juicio, se equiparan al supuesto contenido en la fracción III del artículo 114 la Ley de Amparo²⁶.
- Constituyen la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio [arbitraje] y debe considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio y, por equiparación, constituye la última resolución dictada en el procedimiento arbitral que culminó con una etapa jurisdiccional en la que se pretende la homologación o la nulidad del laudo.
- El hecho de que no proceda algún recurso contra el laudo arbitral –ni contra la resolución que declaró su nulidad–, no lo convierte en una sentencia definitiva para los efectos de la procedencia del juicio de amparo, independientemente de que en la sustanciación de dicho incidente se hayan observado o no los requisitos y formalidades de un verdadero juicio.

Con ello la judicatura decidió que en lugar de una instancia (amparo directo), habrá dos (amparo indirecto y recurso de revisión) para impugnar la validez de la sentencia que declare la nulidad o el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

Lo anterior implica que la parte con un laudo favorable puede pasar hasta por ocho instancias antes de obtener el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral,²⁷ cuando lo que se busca con el arbitraje es un procedimiento expedito y sencillo, así como una intervención excepcional de la judicatura. Con el actual sistema de impugnación de sentencias derivadas de los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución no se logra tal propósito. Al contrario, de haber elegido la postura de considerar a los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales como procedimientos autónomos e independientes, las sentencias que en ellos se dictaran serían consideradas como sentencias definitivas impugnables en amparo directo. Con ello, se eliminaría la posibilidad de acudir al recurso de revisión en contra de la sentencia de

26 Artículo 114.- El amparo se pedirá ante el juez de Distrito: (...) III.- Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.

Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso (...)

27 Por ejemplo, en el caso de que haya intervención judicial para (i) la remisión de las partes al arbitraje, (ii) la decisión final sobre la competencia del tribunal arbitral, (iii) el procedimiento de nulidad de laudo arbitral, (iv) el amparo indirecto de la sentencia respectiva y (v) el recurso de revisión de la sentencia de amparo.

Posteriormente, y dado que indebidamente la sentencia que niega la nulidad de laudo arbitral (y en cuyo procedimiento se estudian la mismas causales de nulidad que las contenidas en el capítulo de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales para el caso de denegación de reconocimiento y ejecución) no tiene efecto ni consecuencia alguna para efectos de la ejecución del laudo arbitral, habrá que iniciar (vi) el procedimiento de reconocimiento y ejecución, (vii) el amparo indirecto en su caso y (viii) el recurso de revisión respectivo.

amparo y se reduciría el tiempo para la resolución final que decidiera la validez de la sentencia que declara la nulidad o el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.²⁸

El sistema de impugnación para los procedimientos de nulidad y de reconocimiento y ejecución no refleja una postura expedita pro-ejecución de laudos; por ende, dentro del ámbito del TLCAN, no puede interpretarse como la implementación de procedimientos adecuados para la ejecución de laudos arbitrales a que se refiere el punto número 2 del artículo 2022.

Para solucionar esta situación, podrían emitirse nuevos criterios judiciales al respecto, interrumpir o modificar las jurisprudencias antes mencionadas, o reformar el Código de Comercio.

Si se optara por la reforma al Código Comercial en materia de arbitraje, hay varios temas pendientes que podrían ser modificados para mejorar la situación actual de este MASC en nuestro país. Entre tales temas se encuentran:

- **Medidas cautelares.**- Dada la naturaleza de las controversias comerciales, en muchas ocasiones, “el nombre del juego”, ya sea para mantener una situación comercial o la materia del litigio, se llama medidas cautelares, que están contempladas en los artículos 1425 y 1433 del Código de Comercio para el caso del arbitraje y que de acuerdo al artículo 1171 del mismo ordenamiento, únicamente pueden consistir en el arraigo de personas o secuestro de bienes.²⁹

No obstante, a pesar de su importancia, las medidas precautorias son insuficientes para litigios relacionados con el intercambio y tráfico comercial, sobre todo si se considera que ninguna de ellas es apta ni idónea para mantener una determinada situación relacionada con la controversia comercial, de lo que depende en muchas ocasiones la eficacia y utilidad de un arbitraje.

Por ello, es necesario revisar el estado actual de las medidas cautelares, sobre todo en arbitraje y adoptar sistemas como el del Código Federal de Procedimientos Civiles, que prevé como medida precautoria, la mantención de hechos.

Todo ello, con la finalidad de lograr un arbitraje útil, que represente una verdadera opción a los tribunales estatales y que resuelva auténticamente las controversias entre las partes.³⁰

28 Para una explicación esquemática de las consecuencias de elegir uno u otro sistema de impugnación *vid.* GUERRERO RODRÍGUEZ, Luis Omar y César Martínez Alemán. *Mexico. Judicial Precedents in Arbitration* en *Global Arbitration Review, The International Journal of Public and Private Arbitration, The Arbitration Review of the Americas*, 2008.

29 Aún cuando los artículos 1433 y 1425 permiten que antes o durante el arbitraje se adopten medidas cautelares adecuadas para mantener o preservar la materia del arbitraje, sin limitar cuáles son las medidas que pueden solicitarse, en la práctica se ha tomado difícil que la judicatura otorgue una medida cautelar distinta a las previstas por el artículo 1171 del Código de Comercio, por ser precisamente autoridades que circunscriben su actuación a lo que la ley, en este caso el artículo 1171, les autoriza realizar. Este problema se pudiera disipar con una garantía adecuada que efectivamente garantizara los derechos del afectado y con la posibilidad de levantar la medida. Por otro lado, una postura de interpretación restrictiva solamente permitiría que el Juez otorgara las medidas cautelares que efectiva y limitativamente estuvieran previstas en el ordenamiento para no otorgar una discrecionalidad excesiva.

30 De hecho, la importancia de este tema ha sido reconocido por la UNCITRAL en su Nota explicativa acerca de las enmiendas del año 2006 a la Ley Modelo. En dicho documento se señaló: “se revisó el artículo 7 con objeto de adecuarlo a la realidad configurada por la evolución de la práctica en el comercio internacional y los avances tecnológicos. Se consideró necesario revisar ampliamente el artículo 17, debido a que el uso de las medidas cautelares es cada vez mayor en la

- **El embargo precautorio en los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.-** En su sentido más estricto, el laudo es un título que trae aparejada ejecución cuando la sentencia es de condena,³¹ es decir, se trata de un título ejecutivo al ser un documento vinculante que contiene prestaciones ciertas, líquidas y exigibles.

Sin embargo, que el laudo sea un título ejecutivo ello no da lugar a que se apliquen las reglas generales del CCom. sobre juicios ejecutivos (artículo 1391) y en consecuencia sea procedente la vía ejecutiva mercantil, ya que la ejecución de un laudo arbitral está sujeta a regulación específica, por lo que la regla especial (reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales) deroga a la general (juicios ejecutivos mercantiles).

El carácter de título ejecutivo del laudo arbitral, aunado a que el procedimiento de reconocimiento y ejecución pretende ser sencillo y expedito y procurar las menores cargas a quien tiene un laudo a su favor (y en sentido estricto un título ejecutivo), es lo que en nuestra concepción justifica la reforma al artículo 1463 del Código de Comercio a efecto de que sea posible embargar precautoriamente en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales los bienes del ejecutado en caso de que no haga pago inmediato de la prestaciones contenidas en el laudo en el acto en que se le notifique el inicio del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral.³² Ello no representaría agravio alguno para el ejecutado, pues sería un embargo precautorio, hasta que se dictara la sentencia correspondiente y una garantía para quien tiene un título ejecutivo (documento procesalmente privilegiado) a su favor.

- **Condena al pago de gastos y costas.-** Como se mencionó con anterioridad, los procedimientos de nulidad, reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales son procedimientos especiales mercantiles autónomos e independientes, por lo que es posible aplicarles el régimen de costas contemplado en el artículo 1084 del Código de Comercio.

En nuestra consideración la reforma pertinente sería señalar en los artículos regulatorios de los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución que se trata de procedimientos especiales mercantiles y al remitir expresamente al artículo 1084 del CCom. para efectos de la condena en costas.

- **Eliminar el recurso de nulidad cuando el lugar del arbitraje sea México.-** Una situación en la que no se repara pero que es constante y evidente en la práctica,

práctica del arbitraje comercial internacional. La revisión incluye también un régimen de aplicación de las medidas cautelares, debido a que la eficacia de un arbitraje suele depender de la posibilidad de que ellas prosperen". La versión completa de esta nota explicativa se puede consultar en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook-s.pdf

31 GUERRERO RODRÍGUEZ, Luis Omar. *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Comerciales de Naturaleza Privada en México. Op. cit.*, pág. 4.

32 *Ibidem*, págs 64 a 67.

es la duplicidad de procedimientos y el consecuente retraso en la ejecución de un laudo arbitral en perjuicio de la parte vencedora y de la institución arbitral: cuando un procedimiento de nulidad de laudo y uno de reconocimiento y ejecución se llevan en territorio nacional, se presenta una duplicidad de instancias.

En concreto, si se elige iniciar el procedimiento de nulidad y no se obtiene la anulación, ello no trasciende a la validez del laudo arbitral ni a su reconocimiento y ejecución, a pesar de que las causales para anular un laudo o denegar su reconocimiento y ejecución de son las mismas (tal como puede observarse en los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio).

Así, la parte que obtuvo un laudo a su favor y a quien beneficia la negativa judicial de declararlo nulo, se ve obligada a iniciar un procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, a pesar de que las causales de denegación que se estudiarán en ese procedimiento ya han sido consideradas en el procedimiento previo de nulidad. Tal circunstancia debiera eliminarse y ser considerado un reconocimiento de laudo implícito por el principio de unidad del poder judicial que ya revisó la validez del laudo arbitral en el procedimiento de nulidad.

Ello sólo retrasa innecesariamente, en perjuicio de quien tiene un laudo a su favor, su reconocimiento y ejecución y por ende, no refleja una postura pro arbitraje ni pro ejecución de laudos.

IV. Conclusiones

- El primer paso que México tiene que dar para cumplir con el artículo 2022 del TLCAN es el implementar un sistema de información del que se puedan obtener datos confiables sobre las acciones del Estado Mexicano acerca de la promoción y facilitación de los MASC y en particular del arbitraje. De este modo, podremos tener un “diagnóstico” de la situación actual de nuestro país sobre el tema de las acciones pendientes y de las metas alcanzadas.
- Es necesario tener en cuenta el contenido del artículo 2022 del TLCAN al momento de regular y legislar sobre los MASC. Ello en relación específica a la invasión de competencias legislativas en materia comercial; en particular, tratándose de la mediación comercial.
- El esfuerzo para mejorar el actual panorama de los MASC en materia comercial, es una responsabilidad compartida que debe ser asumida por cada actor involucrado en el ámbito que le corresponda. El Poder Legislativo, mediante la implementación de las reformas necesarias al Código de Comercio y a la Ley de Amparo para lograr procedimientos en materia de MASC y arbitrales adecuados y adaptados al contexto mexicano; el Poder Judicial mediante una correcta interpretación de los textos legales, considerando en todo momento la finalidad de la ley y; finalmente, de los practicantes y profesionales del derecho, mediante la adopción de conductas adecuadas y mejores prácticas profesionales que no

afecten las instituciones jurídicas de nuestro marco legal, en especial, al arbitraje comercial.

- Los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales fueron concebidos para ser ágiles y efectivos. Sin embargo, en la práctica dichas finalidades se cumplen por excepción y la regulación de estos procedimientos da pie a no cumplir su finalidad.
- La interpretación de los tribunales debe favorecer la ejecución de laudos y sólo por excepción anularlos o denegar su reconocimiento. Una forma de lograrlo, es proporcionando a los tribunales una legislación que provea lineamientos claros para su aplicación y que favorezca una interpretación y postura pro-arbitraje. En este punto, la causal de orden público debe seguir parámetros internacionales, de tal forma que solamente cuando se violentan los derechos fundamentales y de orden público nacional e internacional el laudo debe anularse o negarse su reconocimiento y ejecución.
- Finalmente proponemos como texto³³ para resolver los problemas que se presentan en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, mediante una adición al artículo 1463 del Código de Comercio, el siguiente:

Artículo 1463.- El procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral se sujetará a las siguientes reglas:

a).- El procedimiento es especial mercantil. La prescripción opera en el transcurso de tres años contados a partir de que se dictó el laudo arbitral.

Si se solicitó a un juez del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución de laudo podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes.

En el caso de que previamente se haya promovido en territorio nacional el procedimiento de nulidad y haya culminado con una sentencia declarando la validez del laudo, entonces la parte cuyo laudo sea favorable, podrá pedir ante dicho juez que se proceda exclusivamente en términos del inciso b) siguiente pero en términos de la ejecución misma y remate en términos del Código de Comercio y no precautoria de la resolución.

b).- El procedimiento se inicia con la solicitud de la parte que obtuvo un resultado favorable en el laudo arbitral. Con la solicitud respectiva y si el laudo es de condena, el Juzgador dictará auto de admisión en el que adicionalmente ordene el requerimiento de pago a la parte condenada en el laudo y de no hacer pago inmediato de lo de las prestaciones materia de condena, entonces se pasará al embargo de bienes suficientes en los términos del Código de Comercio. Hecho lo anterior, se emplazará y correrá traslado a la contraparte del procedimiento arbitral quien deberá contestar tal solicitud en el plazo improrrogable de 5 días hábiles, contados a partir de que surta efectos el emplazamiento. La falta de contestación implica el consentimiento tácito con el reconocimiento y

³³ Habrá que pulir la redacción desde el punto de vista de la técnica legislativa. No obstante, consideramos que los elementos sustanciales de la propuesta se encuentran en el texto sugerido.

ejecución solicitado por la facultad del Juzgador de revisar oficiosamente la arbitrabilidad y el orden público del laudo arbitral.

c).- Con la solicitud respectiva y con la contestación, las partes deben aportar todos los medios probatorios que sirvan de apoyo a sus pretensiones. Para el ofrecimiento de pruebas se seguirán las reglas establecidas en el Código de Comercio que sean acordes con la naturaleza expedita del presente procedimiento. Dentro del mismo término deberán objetarse, en su caso, las pruebas respectivas, únicamente por cuestiones de autenticidad o falsedad. Cualquier cuestión relacionada con alcance y valor probatorio debe ser materia de alegatos.

d).- Si existe reconvencción, entonces se correrá traslado al solicitante original por un término improrrogable de cinco días hábiles contados a partir de que surta efectos la notificación respectiva, para dar contestación a la reconvencción respectiva. En caso de no existir reconvencción, con el escrito de contestación se dará vista al solicitante original por tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga sobre el contenido de la misma, presente sus objeciones y exprese lo que a su derecho convenga sobre la pertinencia e idoneidad de las pruebas ofrecidas por la contraparte.

e).- Las excepciones procesales que existieren se tramitarán vía incidental en la forma y términos establecidos en los incidentes en materia mercantil, sin que suspendan el procedimiento principal.

f).- De no existir controversia sobre los hechos, o no existieren pruebas que ameritaran un desahogo especial, se convocará a la audiencia de alegatos, la que se verificará dentro de los 10 días hábiles siguientes a que se entable la litis en términos de los artículos anteriores.

g).- En caso de existir pruebas que ameriten desahogo, éstas se prepararán y desahogarán en un término máximo de 15 días hábiles, los cuales serán improrrogables en perjuicio del oferente de la prueba. La falta de cooperación de las partes en el desahogo de las mismas traerá la inferencia adversa del hecho específico que se quiere acreditar por el oferente.

h).- La audiencia de alegatos se abrirá con o sin la presencia de las partes. Estas podrán comparecer por escrito en la que entregarán una copia de los mismos a la contraparte. Celebrada la audiencia de alegatos se dictará la sentencia que corresponda en un plazo máximo de 15 días hábiles.

i).- Los actos intraprocesales podrán ser recurridos únicamente mediante el Recurso de Revocación que se tramitará en la forma y términos de los artículos 1334, 1335 y demás relevantes del Código de Comercio.

j).- La sentencia de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral es irrecurrible y tiene el carácter de sentencia definitiva que pone fin al juicio para efectos de su impugnación.

k).- En todo lo no previsto en el presente apartado se aplicará el Código de Comercio y supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, en lo que sea acorde con la naturaleza expedita del presente procedimiento.

l).- El pago de gastos y costas se regirá por lo dispuesto por el capítulo VIII del Código de Comercio.

m).- Lo relativo a la ejecución forzosa del laudo arbitral, seguirá en términos de los artículos 1410 a 1414 del Código de Comercio.

n).- El Juzgador tiene las facultades más amplias para resolver en la forma y término que permita el dictado de una sentencia expedita.

ñ).- La sentencia dictada en este procedimiento, constituirá sentencia definitiva en términos del artículo 158 de la Ley de Amparo para efectos de la procedencia del amparo directo.