



De necios y convencidos: el debate sobre la postura mexicana respecto a quién decide acerca de la validez del acuerdo arbitral

The stubborn and convinced: the debate on the Mexican position of who decides on the validity of the arbitration agreement

Francisco González de Cossío*

RDP

RESUMEN

En el presente artículo, el autor aborda el debate mexicano sobre a quién le corresponde decidir sobre la validez de un acuerdo arbitral, si a los jueces o a los árbitros, exponiendo su postura en contra de la teoría mexicana, a la luz de la teoría pura del derecho arbitral.

PALABRAS CLAVE: validez; acuerdo arbitral.

ABSTRACT

In this article, the author covers the Mexican debate on who decides on the validity of an arbitration agreement, if the judges or the arbitrators, stating his position against the Mexican theory on the light of the pure theory of arbitration law.

KEY WORDS: validity; arbitration agreement.

Sumario

1. Introducción

A. *De necios y cosas peores*

B. *El debate*

* González de Cossío Abogados, S. C. (www.gdca.com.mx). Árbitro y abogado postulante. Profesor de arbitraje en la Universidad Iberoamericana y en la Escuela Libre de Derecho. Contacto: fgc@gdca.com.mx.

2. La decisión

- A. *Los (contradictorios) criterios de colegiados*
- B. *La jurisprudencia por contradicción de la Suprema Corte*

3. Mi crítica

- A. *La letra de la ley*
- B. *El espíritu de la ley*

4. La postura contraria

- A. *Posibilidad de la interpretación*
- B. *Antecedentes legislativos*
- C. *Problemática en caso de inexistencia del acuerdo arbitral*
- D. *Subversión de la intención de las partes*

5. Comentario final

1. Introducción

A. *De necios y cosas peores*

Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, un “necio” es “un terco”. Y la voz “terco” es definida como “pertinaz, obstinado e irreducible”.

¿Qué distingue a un necio de un convencido? En ambos casos el síntoma es idéntico: la persona defiende con ahínco cierta postura.

Considero que la diferencia radica en la disposición intelectual de la persona. Si la persona está cerrada a los argumentos en contra de su postura merecerá ser llamado “necio”. Si está dispuesto a escuchar, con un espíritu de mente abierta, las premisas detrás de la conclusión contraria a la que tiene, entonces no puede hablarse de necedad, y mucho menos de terquedad. Más bien, lejos de *defectuosa*, sería *virtuosa* la postura de mantenerse fiel a lo que cree, inclusive cuando los detractores sean muchos o importantes. Ya lo dice el viejo adagio: “la verdad no deja de serlo porque nadie la vea, y la mentira no deja de serla porque todos la propugnen”.

B. *El debate*

Uno de los debates más estimulantes que sobre derecho arbitral ha ocurrido en el foro mexicano consiste en la rectitud de la postura mexicana

sobre a quién corresponde decidir respecto a la validez de un acuerdo arbitral: ¿al juez o al árbitro?

La discusión ha tenido lugar en foros diversos.¹ Como resultado, casi siempre me he encontrado del lado de la minoría.² Y en forma importante, del lado mayoritario se encuentran personajes que respeto profesionalmente, admiro intelectualmente y apreció personalmente.

En más de una ocasión ello me ha obligado a replegarme y reexaminar mi postura,³ además de atender mis heridas. Sin excepción, he encontrado que sigo persuadido por la postura inicialmente defendida, pero, lo que es más importante, considero que —salvo una, que comentaré— las premisas detrás de la postura contraria son erróneas.

Es ello lo que motiva este ensayo: tratar de compartir porqué considero que dicha teoría mexicana es defectuosa bajo la teoría pura del derecho arbitral.

¹ Este debate ha tenido lugar en una sesión del Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. (BMA) en octubre de 2006, en el seno del Instituto Mexicano de Arbitraje (IMA) durante tres sesiones distintas entre 2008 y 2009, y recientemente en el Congreso Nacional de Abogados de la BMA en marzo de 2010. En todas he sido el minoritario.

² Una excepción fue un debate que sobre el tema tuvo lugar en la cátedra sobre Proceso arbitral de Jan Paulsson en la Universidad de Miami en febrero de 2010. En dicho foro, con una excepción, todos asintieron con la postura que defiendo. La excepción fue un practicante alemán, quien presentó argumentos agudos. Aunque puedo equivocarme, creo que el motivo de su escepticismo obedecía a que bajo derecho arbitral alemán se adoptó *ex lege* una excepción que permite un previo y especial pronunciamiento por un juez sobre la validez del acuerdo arbitral. Partiendo de la premisa de que el derecho escrito así lo contempla, aunque el derecho arbitral alemán también se base en la ley modelo de la CNUDMI, dado el giro legislativo expreso, el razonamiento que defiendo no aplicaría salvo *de lege ferenda*.

³ He plasmado mi postura en los siguientes artículos: “*Kompetenz-Kompetenz a la mexicana: crónica de una muerte anunciada*”, *Pauta*, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, núm. 50, junio de 2006, p. 30; “*El principio Compétence-Compétence, revisitado*”, *Jurídica*, núm. 36, 2006, p. 89; “*The Compétence-Compétence Principle, Revisited*”, *Journal of International Arbitration*, 24(3), 2007, p. 231; “*Compétence a la mexicaine et à l’americaine: Un Evolution Douteuse*”, *Cahiers de l’arbitrage*, vol. IV, París, Ed. Pedone, 2008, p. 169; “*La lironía de Compétence-Compétence*”, *Homenaje a Bernardo Cremades*, Madrid, Club Español del Arbitraje, 2009. Además, el tema es abordado críticamente en *El arbitraje y la Judicatura*, México, Porrúa, 2007, pp. 24 y ss., y “*Prognosis de la salud arbitral mexicana*”, *Jurídica*, núm. 37, 2007, p. 263. Todos estos ensayos son visibles en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

Para ello, procederé a introducir al lector al debate, resumiendo la decisión semilla de la discusión (§II), mi postura (§III), los argumentos esgrimidos en contra (§IV), para luego dar mi opinión sobre éstos (§V), concluyendo con observaciones finales (§VI).

2. La decisión

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (“Suprema Corte”) resolvió una contradicción de criterios entre dos Tribunales Colegiados de Circuito. A continuación se comentará el razonamiento de cada colegiado para luego citar la jurisprudencia de la Suprema Corte.

A. Los (contradictorios) criterios de colegiados

Mientras que el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (“Sexto TCC”) sostenía⁴ que la validez del acuerdo arbitral es decisión del tribunal arbitral, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (“Décimo TCC”) postulaba lo contrario: dicha facultad le corresponde al juez.⁵

La contradicción se denunció.

⁴ Amparo en revisión 3836/2004. Este caso comenzó por una demanda por la vía ordinaria mercantil enderezada por LDC, 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 con fundamento en los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio. En respuesta, el juzgado remitió a las partes al arbitraje. Fue la resolución que ordena la remisión del 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. En revisión, el Sexto TCC revocó al Juez de Distrito, sosteniendo que dicha facultad le corresponde al tribunal arbitral.

⁵ Amparo en revisión 31/2005. En este caso, 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* revocó la remisión. La decisión derivada de la apelación fue el acto reclamado en amparo. El Juez de Distrito 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).

B. *La jurisprudencia por contradicción de la Suprema Corte*

La Suprema Corte resolvió que dicha facultad le corresponde al juez. La tesis jurisprudencial que al respecto se emitió dice: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. La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio con-

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. Ponente: Juan N. Silva Meza).

trato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.

3. Mi crítica

He criticado la decisión argumentando, en esencia, que:

- a) Es contraria a la letra de la ley.
- b) Es contraria al espíritu de la ley.

A continuación resumo mi crítica para dar al lector un marco de referencia.⁷

A. *La letra de la ley*

La decisión de la Suprema Corte (Decisión) conjuga dos preceptos de derecho arbitral mexicano: los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio. 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*”.

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 interpretación diversa.

El razonamiento de la Suprema Corte se basó en tres premisas: (1) como regla el acuerdo arbitral implica que el árbitro resuelve sobre la existencia y validez del contrato; (2) dicha regla tiene una excepción: que se demande la nulidad del acuerdo arbitral mismo —no del contrato—, en cuyo caso tendría que ser el juez competente quien decida sobre ello.

⁷ Lo aquí expuesto es un resumen. Si se desea abundar, se sugieren las obras descritas en la nota 3. Uno que condensa el argumento es La ironía de *Compétence-Compétence*, *cit.*

En mi opinión, la Decisión parte de una premisa incorrecta. La excepción del artículo 1424 no excepciona al artículo 1432. Al proceder de dicha manera, la Decisión malentende la esencia del principio de *Compétence*, y cómo fue redactado en derecho arbitral mexicano. Mientras que el artículo 1432 establece a quién le corresponde decidir sobre la validez del contrato y el acuerdo arbitral, el artículo 1424 establece la excepción a la obligación de remitir al arbitraje.⁸ El primero es el árbitro, el segundo el juez.

Entendido lo anterior, la Decisión comete dos errores. Primero, utiliza la excepción de una regla (1424), como aplicable a otra (1432). Segundo, revierte la mecánica que se diseñó que el precepto tuviera. Convierte a la excepción bajo el 1424 en regla: el juez decide sobre la validez del acuerdo arbitral, y reduce el alcance del 1432: el árbitro ya no decide sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje, sólo las del contrato principal.

B. *El espíritu de la ley*

Los artículos 1424 y 1432 rigen cuestiones diversas. El primero regula el *deber* del juez de *remitir*; el segundo la *facultad* del árbitro de analizar su propia competencia.

El derecho arbitral, a lo largo de más de un siglo, ha decantado una regla que puede resumirse en que, cuestionada la jurisdicción de un tribunal arbitral, primero decide el árbitro, luego el juez. Es decir, *Kompetenz* es en esencia una regla de tiempos. El árbitro decide *primero*, el juez en *definitiva*.

Existen tres motivos detrás de dicha regla. Primero, para que la obligación de arbitrar sea cumplida, tiene que existir un mecanismo procesal para canalizar una demanda judicial al foro arbitral, de lo contrario, dicha obligación carecería de eficacia cuando una parte desacate su obligación de arbitrar y demande por la vía judicial. Ésa es la única función del deber de remitir.

⁸ El verbo “remitirá” (al arbitraje) en el artículo 1424 es imperativo. No da discreción; sólo 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).

Segundo, de no ser facultad del árbitro decidir sobre su competencia, se llegaría a un resultado contrario a lo que las partes desearon: de desear resolver controversias *fuera* de tribunales, tendría que *acudirse* a tribunales. Ello es la *raison d'être* del principio *compétence de la compétence*: dar efectos a la voluntad de las partes de acudir al arbitraje en lugar de a la Judicatura.

Tercero, no podía ser de otra manera. Establecer lo contrario implicaría que el árbitro ventilara y cuestionara la determinación del juez, y luego el juez (al momento de nulidad o ejecución) volvería a evaluar la determinación del árbitro. Además de ineficiente, el árbitro no es quién para reevaluar la decisión del juez. Este último es una autoridad. Bajo la interpretación correcta, el árbitro decide *primero*, y el juez en *definitiva*. Punto.

La *ratio legis* 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.

Lo anterior explica porqué el árbitro tiene que decidir primero y el juez después: el juez revisará la determinación del árbitro, ya sea al momento de emisión de un laudo parcial,⁹ al momento en que se busque la nulidad¹⁰ o el reconocimiento y ejecución del laudo.¹¹

Podría preguntarse, ¿por qué 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 del Código de Comercio. 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 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 si hay alguna debe resolverse en favor de la remisión, de lo contrario se violentaría el principio *compétence-compétence*.

⁹ Tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio.

¹⁰ Artículo 1457(l)(a) del Código de Comercio.

¹¹ Artículo 1462(l)(a) del Código de Comercio.

4. La postura contraria

Los argumentos esgrimidos en contra de mi opinión son:

- a) Aunque la postura por la que abogo es mejor, la interpretación de la Suprema Corte es posible, por lo que aseverar que cometió un error es ir demasiado lejos.
- b) Los antecedentes legislativos defienden la postura contraria.
- c) Mi postura puede ser subóptima en un caso de inexistencia de un acuerdo arbitral.

Explicaré y comentaré cada uno por separado.¹²

A. Posibilidad de la interpretación

a. Argumento

Se argumenta que la postura de la Suprema Corte es *posible* bajo el texto legal aplicable, por lo que tildarla de errónea es atrevido. Lo que es más, México no está solo en esta interpretación. Otras jurisdicciones así lo han hecho también. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al.*¹³ Si los máximos tribunales de ambas jurisdicciones, por los mismos motivos, llegan a la misma conclusión, algo de mérito habrá en la misma.

b. Contestación

Admitir que existe una mejor interpretación a la adoptada para luego decir que la adoptada es correcta no me parece plausible. Considero que

¹² Espero estarle haciendo justicia a la exposición de dichos argumentos. Respeto demasiado a mis adversarios intelectuales como para intencionalmente cometer la falacia del espantapájaros: la (deplorable pero frecuente) práctica de exponer débilmente la postura contraria, para luego refutarla (el nombre de la falacia deriva de la metáfora consistente en la mayor facilidad de vencer a un adversario ficticio (un espantapájaros) que a uno real.)

¹³ 546 U.S. 440 (2006).

siempre debemos propugnar por la mejor interpretación de una norma. No hacerlo invita complacencia, además de un régimen subóptimo.

En relación con *Buckeye Cashing*, es relevante mencionar que es distinguible de la Decisión, aunque es cierto que —atada con un precedente reciente— la regla es la misma.

La regla que la Decisión genera es resumible en que, cuando se demande la invalidez de la totalidad del contrato, el árbitro decidirá sobre ello. Pero cuando se demande únicamente la invalidez del acuerdo arbitral, ello será decidido por el juez. El corazón de la tesis lo expone así:

...un acuerdo de arbitraje ...por regla general ...otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando ...ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad...

Buckeye no dice lo mismo, sino que dice que cuando se demande la invalidez de la totalidad del contrato, el árbitro decidirá sobre ello. En sus palabras:

...dado que los demandados cuestionaron la validez del contrato en su totalidad, y no específicamente sus disposiciones arbitrales, dichas disposiciones son ejecutables al margen del resto del contrato. La reclamación debe por consiguiente ser considerada por un árbitro, no un juez...

sin importar si la reclamación es entablada ante una corte federal o estatal, la reclamación a la validez del contrato en su totalidad, y no específicamente a la cláusula arbitral, corresponde al árbitro...

...because respondents challenge the Agreement, but not specifically its arbitration provisions, those provisions are enforceable apart from the remainder of the contract. The challenge should therefore be considered by an arbitrator, not a court...

regardless of whether the challenge is brought in federal or state court, a challenge to the validity of the contract as a whole, and not specifically to the arbitration clause, must go to the arbitrator...

Como puede verse, Buckeye sólo contiene una parte de la regla: el árbitro decide cuando lo que se impugna es el contrato *in toto*. La otra parte de la ecuación la provee un caso reciente: *Rent-A-Center v. Jackson*,¹⁴ que sostuvo que la determinación de validez de un acuerdo arbitral—inclusive cuando establece que su validez será determinada por el tribunal arbitral—corresponde al juzgador local, cuando la parte que lo objeta cuestiona la validez de dicho pacto; pero si objeta la validez de todo el contrato, ello le corresponde al árbitro.¹⁵

Resultado: Buckeye + Rent-A-Center = la Decisión.

Dichos precedentes son distinguibles de la Decisión en dos cuestiones. Primero, se basan en derecho escrito diverso.¹⁶ Segundo, son consistentes con sus antecedentes: *Prima Paint*¹⁷ y *Southland*.¹⁸ Luego entonces, su utilización como soporte de la rectitud de la Decisión es técnicamente improcedente. Se trata de frutos de plantas distintas.

B. Antecedentes legislativos

La postura por la que abogo defiende un análisis *prima facie* de validez del acuerdo arbitral por el juez. Ello fue ventilado durante las sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI,) para lo cual se analizó la conveniencia de incluir la palabra

¹⁴ *Rent-A-Center, West, Inc. v. Antonio Jackson, Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Ninth Circuit* (561 U. S. (2010) del 21 de junio de 2010).

¹⁵ En palabras de la Suprema Corte de Estados Unidos: “where an agreement to arbitrate includes an agreement that the arbitrator will determine the enforceability of the agreement, if a party challenges specifically the enforceability of that particular agreement, the district court considers the challenge, but if a party challenges the enforceability of the agreement as a whole, the challenge is for the arbitrator”.

¹⁶ A diferencia de México, el derecho arbitral federal de Estados Unidos (la Federal Arbitration Act) no se basa en la ley modelo de la CNUDMI.

¹⁷ *Prima Saint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 400 (1967). En *Prima Paint* se sostuvo que si la reclamación de nulidad por dolo (*fraud in the inducement*) tenía que ver con el contrato en su totalidad, el árbitro conocería del mismo; pero si la reclamación de nulidad por dolo versa exclusivamente sobre el acuerdo arbitral, la Corte podía conocer de ello.

¹⁸ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984). En este caso se sostuvo que la Federal Arbitration Act creaba un cuerpo de derecho federal sustantivo que aplicaba tanto en cortes estatales como federales.

“manifiesto” en lo que se convertiría en nuestro artículo 1424 del Código de Comercio.¹⁹ Así se asegurarían que el nivel de análisis al momento de revisión sería mínimo. Dicha inclusión de rechazó.

Lo anterior es lo sucedido, y no es objeto de diferencia de opinión. Lo que ha motivado conclusiones diversas es *el motivo* del paso y su *efecto jurídico*. Ello exige un análisis de lo ocurrido hace casi tres décadas. Para ello, resumiré lo que al respecto he defendido en el pasado (§1), comunicaré la refutación (§2), y una réplica (§3).

a. *Mi postura inicial*

He argumentado que la negativa a incluir la palabra “manifiesto” no puede entenderse como una invitación a que el juzgador realice un análisis profundo. La palabra no se incluyó puesto que el texto que se convertiría en nuestro artículo 1424 del Código de Comercio, *correctamente entendido*, ya arrojaba el resultado deseado: el nivel de revisión *prima facie* al momento de remitir. Ello, aunado a la preferencia por no cambiar textos que han recibido un bagaje interpretativo positivo, tuvo como resultado dejarlo intacto. ¿Para qué corregir algo que no está roto?

Al presentar este argumento en uno de los debates sobre este tema se descartó como una ingeniosa maniobra argumentativa de mi parte.²⁰ Respetuosamente, no lo es. No buscaba ganar el argumento sino echar luz sobre lo acontecido para proponer la interpretación correcta del precepto.

En su obra sobre este tema, Holtzmann y Neuhaus explican:²¹ “El Grupo de Trabajo declinó ...añadir el término “manifiesto” antes de las palabras “nulo, ineficaz”... [The Working Group declined to ... add the term “manifestly” before “null and void”...].

¹⁹ Específicamente para que el texto fuera: “a menos que se compruebe que dicho acuerdo es *manifiestamente* nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

²⁰ Ello tuvo lugar en el Congreso Nacional de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., Veracruz, marzo de 2010. El documento que dio origen a esta polémica fue *Ejecución del acuerdo arbitral: aún un prisma opaco, análisis y propuesta de mejora al marco jurídico mexicano*, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, Themis, 2010, p. 1491, también visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.

²¹ Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Legislative History and Commentary, T.M.C. Asser Instituut, Kluwer, Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, The Hague, p. 303.

En la nota 5 del presente trabajo explican porqué:

Las palabras operativas buscaban tener el mismo sentido que la Convención de Nueva York... las palabras deben ser interpretadas en forma estrecha para que la invalidez del acuerdo arbitral proceda únicamente en casos manifiestos.

[The operative words were clearly intended to have the same meaning as the New York Convention ..., the words should be construed narrowly and the invalidity of the arbitration agreement should be accepted in manifest cases only.]

Por consiguiente, al contrario a lo que consideran mis queridos amigos, el argumento merece ser considerado en sus méritos, no descartado *a priori*.

b. *Contestación*

Un importante practicante mexicano ha tomado frontalmente el argumento y me ha hecho ver que:

De la lectura completa de los trabajos preparatorios llevados a cabo el 28 de marzo de 1983 se desprende que hubo una propuesta para que se incluyera dentro del propio texto de la Ley Modelo un lenguaje que sin lugar a dudas aceptara la interpretación que propones y que, utilizando tus palabras, implicaría el que la Corte estatal tuviese únicamente la obligación de constatar *prima facie* la existencia del acuerdo arbitral, y que para ello se podría incluir el término “manifiesto” antes de las palabras “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. Los que apoyaron dicha idea tenían en mente precisamente el que se dejara al tribunal arbitral el hacer la primera determinación sobre su competencia, sujeto a una posterior revisión judicial.

No hay duda que la opinión que prevaleció, y que fue plasmada en la Ley Modelo, y que encontró su camino hasta nuestro Código de Comercio es que en aquellos casos previstos por el artículo 1424, en que las partes tienen una diferencia sobre la existencia o validez de un convenio arbitral, el asunto debe de ser resuelto por la Corte estatal, sin que tenga que referir el asunto a un tribunal arbitral.

En forma aguda, me ha refutado haciendo un doble argumento. Primero, que los antecedentes legislativos del actual 1424 del Código de Comercio muestran que este debate tuvo lugar, y que el significado del texto actual obedece al deseo de permitir un pronunciamiento judicial previo. Segundo, que mi lectura de lo acontecido puede confundir *lo que ocurrió* con la *interpretación de un comentador de lo que ocurrió*.

a) *Génesis del (no) cambio del texto*

En la sesión del 28 de marzo de 1983 del Grupo de Trabajo de la CNUDM se hizo la siguiente propuesta, con el consecuente resultado:²²

77. Se hizo la sugerencia que el párrafo (1) no se entendiera en el sentido que el juez examine...la validez de un acuerdo arbitral y que esta idea puede ser expresada mediante únicamente requiriendo un análisis *prima facie* o parafraseando las palabras finales de la siguiente manera: “a menos que se compruebe que dicho acuerdo es *manifiestamente* nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. En apoyo a dicha idea se señaló que sería coincidente con el principio que el tribunal arbitral realice la primera determinación sobre su competencia, sujeto a un control posterior por parte del juez. Sin embargo, la opinión imperante fue que, en los casos...en que las difieran sobre la validez del acuerdo arbitral, dicha cuestión debe ser resuelta por el juez, sin remitir la cuestión al tribunal arbitral, que se argumenta que carece de competencia...

[77. A suggestion was made that paragraph (1) should not be understood as requiring the court to examine ... the validity of an arbitration agreement and that this idea could be expressed by requiring only a *prima facie* finding or by rephrasing the closing words as follows: “unless it finds that the agreement is *manifestly* null and void”. In support of that idea it was pointed out that it would correspond with the principle to let the arbitral tribunal make the first ruling on its competence, subject to later control by a court. However, the prevailing view was that, in the cases ... where the parties differed on the existence of a valid arbitration agreement, that issue should be settled by the court, without referring the issue to an arbitral tribunal, which allegedly lacked jurisdiction...].

²² Holtzmann & Neuhaus, p. 315.

b) Descripción v interpretación de lo ocurrido

Se me ha hecho ver que puedo estar confundiendo la *descripción* de lo ocurrido con la *interpretación* de lo ocurrido. Es decir, si bien es cierto que tres comentaristas importantes (Holtzmann, Neuhaus y van den Berg) interpretan que el texto “a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”,²³ se mantuvo incólume con la finalidad de mantener el mismo significado que al mismo texto le atribuye la Convención de Nueva York (la cual sólo permite análisis superficial, *prima facie*),²⁴ ello es la *percepción* de dichos autores del deseo del Grupo de Trabajo, mas no necesariamente es la intención del Grupo de Trabajo.

c. Réplica

Deseo comenzar por indicar que la agudeza de la observación me ha obligado a visitar todos los antecedentes sobre este tema. Más aún, la calidad de la observación me ha hecho meditar si no estaba incurriendo en dos errores: uno intelectual y otro interpretativo. Por el primero me refiero a estar tan casado con mi postura que no vea la contraria.²⁵ El segundo (accidentalmente),²⁶ citar únicamente las porciones de los antecedentes que soportan la postura con la que comulgo, dejando de lado las secciones que la debilitan.

a) Corrección de mi error

Debo admitir que las dos observaciones anteriores son correctas. Es cierto que estaba cometiendo el error interpretativo indicado. Por ende, extiendo mi reconocimiento y agradecimiento por sacarme de dicho error.²⁷

²³ “Unless it finds that the Agreement is Null and Void”.

²⁴ Holtzmann & Neuhaus, *op. cit.*, p. 303, y Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Hague, 1981, p. 155.

²⁵ La frecuencia con la que esto ocurre es tal, que invito al lector a tenerlo en cuenta siempre que evalúe. Me recuerda una sugerencia que me hizo Richard Posner sobre cómo juzgar: “ten cuidado con tus predisposiciones, pues afectan seriamente tu conclusión”.

²⁶ Jamás lo haría intencionalmente.

²⁷ Estoy en deuda con el licenciado Alejandro Ogarrío Ramírez-España por estas observaciones. Sin embargo, tengo que alertar al lector de que el licenciado Ogarrío ha sido enfá-

b) *Impacto en la postura*

Reconocido el tropiezo, ¿qué significa?

He meditado sobre el impacto que esto debe tener en toda la postura que he defendido (recuérdese que el punto a dilucidar es doble: el motivo de la negativa de incluir la palabra “manifiestamente” en la oración “a menos que se compruebe que dicho acuerdo es [*manifiestamente*] nulo, ineficaz o de ejecución imposible”, y su efecto jurídico.)

Considero que el impacto de la aclaración en la postura que defiendo en este debate es que uno de los dos pilares en los que descansa toda la línea argumentativa que critica la Decisión tiene un cimiento flojo.²⁸ Abor-démoslo.

La refinación de la premisa detrás de la conclusión que defiendo tiene el efecto de exigir admitir que, desde un punto de vista textual e histórico, ambas posturas son posibles bajo el texto legal vigente.²⁹ Ello exige una pregunta: ¿Ante dos interpretaciones posibles de un mismo texto, cuál es la mejor? Las opciones son:

- i) *Competence total*: el árbitro decide sobre cuestionamientos de validez tanto del acuerdo arbitral como del contrato principal.

tico en que no considera que el resultado de la Decisión sea el mejor para la “teoría pura del arbitraje”. Sólo que es factible por ser un tema controvertido, y por ende mi crítica sobre la ruta tomada por la Decisión puede ser indigna. Su objetivo ha sido refinar mi postura, no defender los méritos de la contraria. Por ello, y por el deseo de exigir la más puntillosa certeza en mi argumentación, estoy en deuda con él.

²⁸ Estos pilares son (1) el texto de la ley y (2) el espíritu de la ley. (Ver sección III de este ensayo.)

²⁹ No puede decirse que sólo una de las posturas es posible, pues los comentaristas citados (uno de los cuales —Holtzmann— fue un participante activo de dichas sesiones) entienden que el motivo por el que el Grupo de Trabajo no incluyó la palabra “manifiestamente” fue mantener consistencia con la Convención de Nueva York (que permite análisis *prima facie*). Por ende, su interpretación del paso no puede descartarse. Debe considerarse, y con un peso importante. Por cierto, no sería la primera vez que un espectador difiere de la forma en que se documenta algo ocurrido. Y la CNUDMI no sólo no escapa la observación, sino que la ejemplifica. Como representante alterno de México ante la CNUDMI, durante los últimos cinco años he atestiguado cómo diferentes personas puedan (válidamente, no hay malicia alguna) diferir sobre el motivo que prevaleció detrás de la decisión de un órgano plural, máxime si es internacional (donde las diferencias culturales y lingüísticas son caldo de cultivo del fenómeno).

- ii) *Competence* parcial: el árbitro decide sobre cuestionamientos a la validez del contrato en su totalidad, mientras que el juez decide sobre cuestionamientos de la validez del acuerdo arbitral.

Considero que, desde el punto de vista de la teoría arbitral, la mejor postura es *Competence* total. Además de los motivos conceptuales,³⁰ el motivo interpretativo es doble:

- i) *Interpretación teleológica*: es más consistente con la voluntad de las partes, quienes, al someter sus diferencias al arbitraje (es decir, fuera de la judicatura), lo primero que tendrían que hacer es acudir a la judicatura.
- ii) *Interpretación efectiva*: el arbitraje es sinónimo de velocidad. Uno de los motivos por los cuales las partes recurren al mismo es para obtener una decisión rápida, además de sofisticada. Ello milita en favor de *Competence* total, pues *Competence* parcial invita aun otra visita a los tribunales: además de al momento de recurrir la decisión sobre competencia (que presumiblemente recaería a un cuestionamiento del género que motivarían esta polémica),³¹ al momento del juicio de nulidad³² y del juicio de ejecución.³³

Por lo anterior, si bien la interpretación histórico-textual del texto permite una interpretación multívoca, de entre las opciones, existe una mejor, una vez tomadas otras herramientas de la hermenéutica jurídica: *Competente* total. Y la regla de interpretación que la apoya es la más importante: *efectividad*.

Sir Humphrey Waldock, anterior presidente de la Corte Internacional de Justicia, y nada más y nada menos que el redactor (*Special Rapporteur*) de la Comisión de Derecho Internacional de lo que se convertiría en la sección de “interpretación” de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,³⁴ hizo una apreciación que es relevante:³⁵

³⁰ Descritos en el apartado 3.B de este ensayo.

³¹ Artículo 1432 *in fine* del Código de Comercio.

³² Artículo 1457 del Código de Comercio.

³³ Artículo 1461 del Código de Comercio.

³⁴ Artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

³⁵ *Yearbook of the ILC*, 1964, vol. II, p. 53.

El proceso de interpretación, correctamente entendido, no puede ser concebido como un simple ejercicio mecánico de derivar significados inevitables de las palabras de un texto, o la búsqueda y descubrimiento de una intención específica de las partes con respecto a cada situación que surja de un tratado... En la mayoría de los casos, la interpretación implica *dar* significado a un texto.

[The process of interpretation, rightly conceived, cannot be regarded as a mere mechanical one of drawing inevitable meanings from the words in a text, or of searching for and discovering some preexisting specific intention of the parties with respect to every situation arising under a treaty ...In most instances interpretation involves *giving* a meaning to a text].

Reconocido que, dados sus antecedentes, el texto permite dos interpretaciones, tenemos la (preciosa) oportunidad de escoger entre una que *da* efectos y una que los resta. Una que permite a la institución dar valor, y otra que no; que regresa a las partes justamente a lo que quisieron evitar. Una *progresiva* y otra *restrictiva*, que invita problemas —e irónicos—: contradicen la voluntad de las partes.

Sigamos la sugerencia de Waldock. *Démosle* un significado al texto que permita que logre sus objetivos y la voluntad de las partes.

C. Problemática en caso de inexistencia del acuerdo arbitral

a. Argumento

Se me ha indicado que la interpretación por la que abogo genera problemas cuando lo que se controvierte no es la *validez* sino la *existencia* de un acuerdo arbitral. En este caso, bajo mi interpretación, se remitiría al arbitraje a las partes en un caso en que no existe acuerdo arbitral, algo que no debe suceder.

b. Contestación

Estoy de acuerdo en que no debe remitirse a las partes cuando no existe un acuerdo arbitral. Pero dicho resultado ya es procurado por la interpreta-

ción por la que abogo. Es decir, la preocupación está resuelta por la forma ordinaria de operar del artículo 1424 del Código de Comercio. Si no existe un acuerdo arbitral, el caso no será referido. Ello deriva de la mecánica ordinaria de la remisión. En ausencia de un acuerdo arbitral no se remite.³⁶

D. Subversión de la intención de las partes

Finalmente, considero que la postura que defienden mis queridos amigos adolece de un vicio que no sólo es serio, sino conspicuo: subvierte la intención de las partes. Y no detecto argumento alguno que responda esta observación.

Al celebrar un acuerdo arbitral, el núcleo del pacto celebrado por las partes es que su disputa no acabe en tribunales. Cualquiera que sea su motivo, ésa fue la intención de las partes. Y el derecho le da efectos.

La Decisión contradice la intención de las partes: si lo que desean es *arbitrar*, tienen que *litigar*.

La ironía es perfecta.

5. Comentario final

El debate sobre *Kompetenz* a la mexicana ha sido fascinante. En los últimos cuatro años mucho hemos aprendido sobre el auténtico significado y utilidad de éste, uno de los principios más caros del derecho arbitral. Al margen de a quién asista la razón, merece reconocerse el proceso. Intellectuales y practicantes distintos han tomado con seriedad este intercambio, sin mayor interés que hacer crecer el conocimiento. Como resultado, el ejercicio de dialéctica ha sido una delicia. Es de esperarse que se repita. De ocurrir, todos ganaríamos, especialmente los necios...

³⁶ El lector debe saber que la forma de remisión ha generado problemas. Para conocerlos, así como la forma correcta de remitir, véase González de Cossío, "Ejecución del acuerdo arbitral: aún un prisma opaco", *Análisis y propuesta de mejora al marco jurídico mexicano*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados-Themis, 2010, p. 1491, también visible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje.