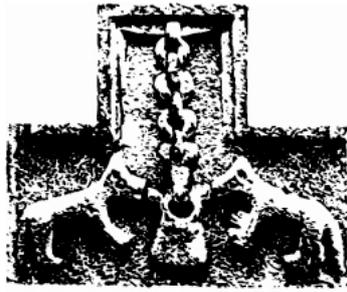


UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Estudios con Reconocimiento de Validez Oficial por Decreto Presidencial

Del 3 de abril de 1981



LA VERDAD NOS HARÁ LIBRES

**“LA INTERPRETACIÓN HECHA POR LA SCJN A LOS ARTÍCULOS 1424 Y 1432
DEL CÓDIGO DE COMERCIO: ¿CONTRARIO AL PRINCIPIO
COMPÉTENCE-COMPÉTENCE? ¿SE RESQUBRAJA EL SISTEMA ARBITRAL?”**

TESIS

Que para obtener el grado de

MAESTRO EN DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

Presenta

MIGUEL ANGEL MARMOLEJO CERVANTES

DIRECTOR: DR. FRANCISCO GONZALEZ DE COSSIO.

LECTORES: DR. MIGUEL RABAGO DORBECKER

MTRO. LUIS OMAR GUERRERO RODRIGUEZ

México, D.F.

2008

DIRECTOR DE TESIS

DR. FRANCISCO GONZALEZ DE COSSIO.

LECTORES

DR. MIGUEL RABAGO DORBECKER

MTRO. LUIS OMAR GUERRERO RODRIGUEZ

"La interpretación hecha por la SCJN a los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio: ¿Contrario al principio "COMPÉTENCE-COMPÉTENCE"?, ¿Se resquebraja el Sistema Arbitral?"

ABSTRACT: El principio "*compétence-compétence*" ha sido interpretado, en *arbitrajes internacionales*, en el sentido de que el tribunal arbitral cuenta con competencia primordial ante el juez, sin que lo anterior implique una competencia exclusiva del tribunal arbitral, sino más bien preferente, ya que de cualquier forma el laudo que resuelva la competencia del tribunal arbitral esta sujeto al control jurisdiccional del Estado sede, pero además, se ha interpretado en el sentido de que el Juez resolverá la invalidez del acuerdo arbitral cuando esta sea ***manifiesta***, es decir cuando no resulte indispensable el análisis de argumentos y pruebas para así declararla, sino que resulte ***notoriamente*** nula, ineficaz o de ejecución imposible, de lo contrario deberá remitir a las partes al arbitraje.

De igual manera se deja a un lado el principio de autonomía de la voluntad de las partes, ya que este principio establece la facultad que tienen las partes para que se auto determinen en la forma en que solucionarán sus controversias, en los términos y condiciones que ellas así establezcan, en consecuencia, si pactan otorgar al tribunal arbitral competencia en los casos de nulidad, ineficacia y/o inejecución y sí dicho pacto es concordante

a la ley, el mismo debe ser honrado y respetado por el Juez.

Dichas características no fueron tomadas en cuenta en la interpretación hecha por la SCJN, más aún no se tomo en cuenta, cuál ha sido la interpretación generalmente aceptada al principio *compétence-compétence* en términos de derecho internacional y derivado de la jurisprudencia internacional y arbitral al respecto, lo anterior a excepción de los Ministros Cossio y Sánchez Cordero en sus votos particulares, lo cual conlleva a determinar que el Juez, en todos los casos y situaciones, sea competente y en consecuencia se deja a un lado la preferencia del tribunal arbitral y la subjetividad (manifiesta y/o notoria) del Juez para decidir sobre su propia competencia, lo cual podría dañar seriamente la estructura básica del arbitraje, asimismo se deja a un lado el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que este medio alternativo de solución de controversias parte del principio de la especialidad del derecho mercantil y de la mínima intervención judicial del Estado, lo cual no es sinónimo de falta de control jurisdiccional en el arbitraje.

Por lo anterior, se probará que la jurisprudencia internacional derivada de la

Convención de Nueva York de 1958, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975 y del Tratado de Libre Comercio con América del Norte debe prevalecer sobre la Contradicción de Tesis emitida por la SCJN, a fin de que el efecto negativo del pacto arbitral (otorgar competencia al tribunal arbitral y remitir por lo tanto al arbitraje) sea respetado, de igual forma precisar el momento procesal oportuno para impugnar la nulidad, ineficacia y/o inejecución (al emitirse el laudo o bien al momento en que el tribunal arbitral decide sobre su competencia), ello debido a la jerarquía que les otorga el sistema legal mexicano por tratarse de tratados internacionales, al menos, en los *arbitrajes internacionales con sede en México* y por lo tanto los Jueces del sistema judicial mexicano tendrán la necesidad de aplicar los criterios internacionales.

Por otro lado, con los mismos argumentos citados, se tratará de probar la posibilidad de utilizar las interpretaciones internacionales, en *arbitrajes nacionales*, ya que en la exposición de motivos que modifica al Código de Comercio, se estableció como objetivo poner a México a la vanguardia en el arbitraje comercial

internacional y para tales efectos se decidió incorporar Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL de 1985, a efecto de que dicho instrumento fuese aplicable tanto en arbitrajes internacionales como nacionales, incorporándose en consecuencia el principio *compétence-compétence* (ver Artículo 16 de la Ley Modelo, 1432 del Código de Comercio) y el momento procesal en que un Juez puede participar en el arbitraje tratándose en la nulidad, ineficacia y/o inejecución del acuerdo arbitral (véase artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 y artículo 37 de la Ley Modelo citada).

Por el contrario y en caso de que los argumentos señalados en el párrafo anterior fuesen insuficientes para fundamentar la aplicación de los criterios internacionales en comento, en el ámbito de la prevención y/o de la voluntad de las partes, al momento de la redacción del acuerdo arbitral, se propone incorporar en el mismo un procedimiento convencional para desestimular las prácticas de dilación procesal (chicanas) además de proponer en todo caso iniciativas de reforma al Código de Comercio.

INTRODUCCIÓN

Para comprender la figura del arbitraje, es importante entender primeramente la inercia del comercio internacional, es decir el arbitraje es un brazo de los negocios internacionales, ya que este medio alternativo de solución de controversias representa el candado de seguridad para dar exacto cumplimiento a los derechos y obligaciones pactados por la gentes de negocio.

Es principio básico el consistente en que el negocio siempre precederá al derecho, sin embargo en el caso del arbitraje esto no es del todo aplicable, por la sencilla razón de que el arbitraje es parte integrante del negocio mismo, dicho de otra forma, aquellos profesionistas que han tenido la oportunidad de negociar contratos internacionales se habrán percatado que la decisión de incorporar una cláusula arbitral, es tan importante como la negociación del precio del producto o la forma en que se proveerá el servicio, por su trascendencia, aspectos que sin lugar a dudas impactarán en el éxito o en el fracaso del negocio propuesto; para algunos el ejemplo citado sonará algo exagerado, sin embargo el arbitraje al ser un medio especialísimo en la solución de controversias, cuya eficacia significará el que un árbitro realmente analice detalladamente la controversia, profundizando en la intención de negocio de las partes y emitiendo una decisión vinculante para ellas, tal y como las partes lo pactaron desde el momento mismo en que se concibió la relación jurídica respectiva.

La globalización vista desde un punto de vista legal, implica la transformación y/o adaptación del marco jurídico globalizado a la estructura legal interna del país que lo adapte, es decir, se reforman las leyes, reglamentos, criterios y forma de pensar en concordancia con la nueva estructura globalizada, en este sentido, el objetivo de la globalización legal, es que la gente de negocio y/o inversionista, tenga la seguridad necesaria de que el negocio propuesto será llevado a cabo en los términos convenidos, de lo contrario, el contrato y/o convenio que haya documentado el negocio, se hará valer ante el foro más idóneo y eficaz acorde a los intereses del afectado, de tal forma que el resultado proyectado del mismo, sea similar o casi igual en Canadá que en México, en Tokio que en Londres, ello le permitirá ser más competitivo y eficaz en el desarrollo de sus objetivos y planes de negocio.

México se ha caracterizado o por lo menos el Gobierno del Presidente Calderón ha impulsado arduamente, ser una plaza atractiva para la inversión extranjera, tanto directa

como indirecta, de hecho uno de los principales objetivos plasmados en el Plan de Desarrollo del actual Titular del Ejecutivo Federal, es el promover mayor inversión de calidad para el bienestar de los mexicanos, esto se traduce en que el marco jurídico-económico debe ser acorde a los intereses y objetivos de la gente de negocio extranjera, de tal forma que su actividad sea desarrollada bajo las premisas de un mundo globalizado.

Uno de los principales lineamientos utilizados en el mundo empresarial globalizado, es la simplicidad (lo práctico) y aplicando esto en el campo de la solución de las controversias, significa que los comerciantes no desean someter sus negocios a foros judiciales, principalmente por la complejidad de los sistemas judiciales del mundo y por la falta de capacidad técnica de los Jueces para comprender los efectos de los negocios propuestos, es por ello que las gentes de negocio desean contar con un foro especializado en la materia del asunto y así contar con la rapidez en la solución del mismo. Es por ello que el hombre de negocio da por hecho que el arbitraje parte del supuesto de la mínima intervención judicial local, al menos esto a nivel internacional, incluso sus asesores legales entienden que el principio *competence-competence* es parte integrante de la actuación del tribunal arbitral y como consecuencia de esta facultad implícita de todo foro jurisdiccional, se llevará el arbitraje sin mayor dilación en cuanto al procedimiento hasta la obtención del Laudo correspondiente.

Sin embargo y derivado de la Contradicción de Tesis materia del presente estudio, da un giro radical al sentido de lo expresado anteriormente, ya que el Poder Judicial Federal cayó en la tentación de constituirse en un foro judicial exorbitante bajo el pretexto de la debida dirección y control jurisdiccional sobre el arbitraje, dañando sensiblemente al sistema arbitral en México, restándole eficacia al mismo, ya como se hizo mención al principio del presente apartado, el arbitraje es parte integrante del negocio, es más técnicamente hablando es un contrato al cual le son aplicables los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, particularmente el relativo al efecto vinculante del pacto arbitral, así como sus usos y prácticas, es decir las partes y jueces que se involucren, se obligan a respetar y aplicar cualquier uso ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate, tal y como es el principio *competence-competence*, ampliamente aplicado y superado en cuanto a su interpretación a nivel internacional.

ÍNDICE

Capítulo I. PRINCIPIO *COMPÉTENCE-COMPÉTENCE*.

1.1 Definición.....	11
1.2 Doctrina.....	12
1.3 Aplicación del principio en el Derecho Internacional.....	19
1.4 Competencia Parcial.....	22
1.5 Instituciones Arbitrales que utilizan el principio <i>competence-competence</i> en sus Reglas de procedimiento.....	24

Capítulo II. NULIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL.

2.1 Definición y elementos del Acuerdo Arbitral.....	38
2.2 Definición y elementos de la Nulidad respecto al acuerdo arbitral.....	45
2.3. Competencia del Juez.	
2.3.1. Competencia Judicial Internacional.....	51
2.3.2. <i>Right to Judge</i> . (Derecho para acceder al Juez).....	55
2.3.3 Soberanía del Estado y Arbitraje.....	57

Capítulo III. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA SCJN.

3.1 Análisis e interpretación al Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	62
3.2 Convención de Nueva York de 1958	
3.2.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.....	70
3.2.2 Objetivo de la Convención de NY 1958: “Servir al intercambio y comercio internacional”	76
3.2.3 Análisis de los artículos II.3 y V.....	78
3.3 Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Arbitraje de 1985.....	82
3.3.1 Análisis e Interpretación del artículo 8.....	84
3.3.2 Análisis e Interpretación del artículo 16.....	85
3.3.3 Casos (<i>Jurisprudencia Internacional</i>).....	89
3.4 Código de Comercio.....	99
3.5 Contradicción de Tesis rubro: ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER E 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.	
3.5.1 Alcances.....	100
3.5.2 ¿Interpretación absoluta?, posibilidades hacia una nueva interpretación.....	119
3.5.3 Implicación Procesal.....	121
3.6 Conclusión preliminar.....	124

Capítulo IV. SOLUCIONES APLICABLES.

4.1 En el ámbito judicial.	
4.1.1. En procedimientos de arbitraje internacional con sede en México.....	126
4.1.2. En procedimientos de arbitraje nacional con sede en México.....	126
4.2 En el ámbito de la voluntad de las partes.....	127
4.3 En el ámbito legislativo:	
4.3.1. Propuesta de reforma a los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.....	128

BIBLIOGRAFÍA

- I. Laurence Craig W., W. Park, Paulsson Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Tercera Edición, Editorial Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, Estados Unidos de América, NY City.
- II. Kurkela S. Matti, *Due Process in International Commercial Arbitration*, Editorial Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, 2005, Estados Unidos de América, NY City.
- III. Centro de Comercio Internacional, Serie: derecho mercantil, *Arbitraje y solución alternativa de controversias, Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*, Primera Edición, México, 2003.
- IV. Santos Belandro Rubén B., *Arbitraje Comercial Internacional*, Segunda Edición, México, 1997.
- V. CNUDMI, *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York.
- VI. Azar Manssur Cecilia y Gómez Ruano Sofia, "El Foro", Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Decimacuarta Época, Tomo XIX, número 1 Primer Semestre 2006.
- VII. González de Cossío Francisco, "Arbitraje", Editorial Porrúa, México, 2004.
- VIII. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Poder Judicial de la Federación para jóvenes*, Primera Edición, México, 2004.
- IX. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=648402 el día 08 de Febrero de 2007.
- X. Stephen M Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (1987).
- XI. Ibrahim FI Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction* (1965) 25-6, cited in Janet A Rosen, "Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence" (1994) 17 Fordham Int'l LJ 599 at 608; Clive M Schmitthoff, "The Jurisdiction of the Arbitrator" in the *Art of Arbitration* (Jan C Schultz & Albert Jan van den Berg eds, 1982) 285 at 292-3.
- XII. Aaron Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1990).
- XIII. Gaja Giorgio *International Commercial Arbitration New York Convention*, Oceana Publications, Inc, Dobbs Ferry, New York, 1978.
- XIV. Rosen, supra, n 11, at 623 n 141 (citations of cases establishing that competence-competence is not accepted in the United States), 627.
- XV. Ver artículo 8 (3) del Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio de 1975, vigente al tiempo en que el caso Apollo v. Berg fue decidido.
- XVI. Ver John Hancock Mut. Life Ins. Co. V Olick, 151 F 3d 135 (3d Cir. 1998); FIRE Ins. Co. v. National Gypsum Co., 101 F 3d 813 (2nd Cir. 1996).
- XVII. Disponible en http://www.hkiac.org/HKIAC/HKIAC_English/main.html, el 15 de Febrero de 2007.
- XVIII. Disponible en <http://www.iccwbo.org> el 19 de Febrero de 2007.
- XIX. Disponible en <http://www.lcia.org> el 19 de Febrero de 2007.
- XX. Disponible en <http://www.adr.org> el 19 de Febrero de 2007.
- XXI. Disponible en http://www.cietac.org.cn/index_english.asp el 19 de Febrero de 2007.
- XXII. Disponible en <http://www.dis-arb.de/> el 19 de Febrero de 2007.
- XXIII. Derains Yves, A. Schwartz Eric, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Editorial Oxford, México, D.F., 2001.
- XXIV. B. Born Gary, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, Second Edition, The Netherlands, 2006.
- XXV. Siqueiros, José Luis, *El Alcance (Rationae Materiae y Ratione Personae) del Acuerdo de Arbitraje en Derecho Mexicano*, Anuario Mexicanos de Derecho Internacional –V- 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Primera Edición, México, 2005.

- XXVI. Silva Silva Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, Oxford, Segunda Edición, México, 2001, pp.- 60-66.
- XXVII. Roca Aymar José Luis, *El Arbitraje en la Contratación Internacional*, ESIC Editorial e Instituto Español de Comercio, Madrid, España, 1994.
- XXVIII. K. Juenger Friedrich, *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, México, 2006.
- XXIX. Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_mercanti el día 07 de Abril de 2007.
- XXX. Enforcing Arbitration Awards Under the New York Convention, *Experience and Prospects*, United Nations, New York, 1999.
- XXXI. Bolaños Linares Rigel, *Contratación Internacional*, Editorial Porrúa, México 2004, p.-6-7.
- XXXII. Ortiz Ahlf Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, México, D.F. 2004.
- XXXIII. Enforcing Arbitration Awards Under the New York Convention, *Experience and Prospects*, United Nations, New York, 1999., pp.- 9-10
- XXXIV. <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/36-N5812726.pdf> disponible el 29 de Enero de 2008.
- XXXV. Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html el 21 de marzo de 2008.
- XXXVI. Disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/477/79/IMG/NR047779.pdf?OpenElement> el 21 de Marzo de 2008.
- XXXVII. González Martín Nuria, Rodríguez Jiménez Sonia, Coordinadoras, Arbitraje Comercial Internacional, Autor Francisco González de Cossío, "EL ARBITRAJE Y JUDICATURA. ¿QUIS CUSTODIET CUSTODES?", Editorial Porrúa México, UNAM, México, 2007, p.-99-100
- XXXVIII. Yves Derains, "Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional", Imprime Graficas Joaquín Morales, Jesús del Valle, 28, 28004 Madrid, obra que remite a (cf. P. *Fouchard*, op.cit., p.144).
- XXXIX. Suprema Corte de Justicia de la Nación, "La Jurisprudencia su integración", primera edición: Agosto de 2004, Primera reimpresión, Noviembre de 2004, México 2004.
- XL. Dispute Resolution Journal, American Arbitration Association, May-July, 2008, pp.-10-11.

TABLA DE ABREVIATURAS PRINCIPALES

AAA: American Arbitration Association.

CAM: Centro de Arbitraje de México.

CANACO: Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

CoCo: Código de Comercio.

Convención de Nueva York 1958: Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de Junio de 1958.

Convención Interamericana: Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Panamá, 30 de enero de 1975.

CIETAC: The China International Economic and Trade Arbitration Commission.

LCIA (por sus siglas en inglés): Corte Internacional de Arbitraje de Londres.

Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional 1985: Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.- Adoptada el 21 de Junio de 1985:

ICC (por sus siglas en inglés): Cámara de Comercio Internacional.

ICJ (por sus siglas en inglés): Corte Internacional de Justicia.

TLCAN: Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

UNCITRAL (por sus siglas en inglés) / CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

1.1 Definición.

Como punto de partida, el término COMPETENCIA se define como “*el conjunto de atribuciones que la ley confiere a una autoridad, para que desarrolle las funciones que se le encomienden*”¹

En este sentido, literalmente el concepto *compétence-competence* significa “*jurisdicción respecto a la jurisdicción*”, lo cual implica la facultad de que el arbitro pueda decidir en los límites de su propio poder², dicho de otra forma, el arbitro cuenta con la competencia para decidir sobre su propia jurisdicción.

De acuerdo a lo manifestado por Cecilia Azar Manzur y Sofía Gómez Ruano³, el principio *competente-competence* se define como aquél que faculta al tribunal arbitral a decidir sobre su propia competencia, incluyendo las excepciones relativas a la invalidez o inexistencia del acuerdo arbitral.

El origen de este principio se debe a que no en todos los casos el acuerdo arbitral es válido e invencible, por lo que a través de este lineamiento se busca dar legitimidad al tribunal arbitral para pronunciarse sobre cualquier controversia entre las partes, incluso sobre aquellas que tengan que ver con su propia competencia.

Asimismo el Dr. Francisco González de Cossío⁴, establece que el principio *compétence de la compétence* consiste en que la autoridad competente para decidir sobre la competencia de un tribunal arbitral, es el tribunal mismo.

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Poder Judicial de la Federación para jóvenes*, Primera Edición, México 2004 p.6.

² Laurence Craig W., W. Park, Paulsson Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Editorial Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, Tercera Edición, Estados Unidos de América, NY, p. 512.

³ Azar Manzur Cecilia y Gómez Ruano Sofía, *La Suprema Corte de Justicia Mexicana Favorece la Competencia del Juez para Analizar el Acuerdo Arbitral*, El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Decimacuarta Época, Tomo XIX, número 1 Primer Semestre 2006, p.84.

⁴ González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2004 p.133.

De lo anterior se desprende, que el principio *compétence-compétence* es aquella facultad del tribunal arbitral para decidir su propia competencia, de manera preferente y/o primordial respecto a un juez, incluso en los casos de nulidad, inexistencia y/o de ejecución imposible, para lo cual deberá realizar un examen *prima facie* y por lo tanto el juez estará impedido para conocer de la *litis*, hasta en tanto el tribunal arbitral no resuelva su propia competencia.

1.2 Doctrina.

En el ámbito de la doctrina, el principio *compétence-compétence* cuenta con los siguientes efectos positivos y negativos⁵, los cuales sintetizo de la siguiente manera:

Efectos positivos:

- 1) Razón que motiva al principio:** El principio *competence-competence* permite al tribunal concluir que un acuerdo arbitral es inválido y realizar un laudo declarando que carece de competencia, sin contradecirse.
- 2) Su arraigo:** Gran aceptación en el derecho extranjero –incluido en la Ley Modelo de la UNCITRAL-, se le conoce como una “*regla derivada de la costumbre internacional*”.
- 3) Contenido del principio:** La intención del principio no es dejar en manos del tribunal arbitral, en forma exclusiva, la decisión sobre su jurisdicción (*kompetenz-kompetenz*), **únicamente en primera instancia**, por lo tanto le corresponderá al juez del lugar del arbitraje o del lugar de ejecución del laudo decidir en forma definitiva sobre la competencia del tribunal. Como resultado del principio, los jueces deben abstenerse de conocer sobre la competencia del tribunal hasta que el tribunal arbitral mismo haya decidido sobre la misma, es decir es una regla de prioridad temporal.

⁵ González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2004 pp.132-143.

4) Control de dicha facultad por el juez competente: La decisión de un tribunal arbitral sobre su competencia siempre es con la reserva de la última palabra que al respecto tenga el juez de la sede del arbitraje y/o del lugar de ejecución del laudo.

En este contexto, el árbitro no controla su competencia, a menos que haya sido controvertida por alguna de las partes en el momento oportuno, es decir, al momento que la parte demandada presente su defensa sobre el fondo. Por último explica que hay quien dice que la decisión del árbitro sobre su propia competencia no tiene efecto legal en el sentido de que no vincula a las partes ni al juez, al no impedir al último a rendir una sentencia la respecto, sin embargo, dicha facultad de los árbitros permite tener una gran influencia sobre la marcha al procedimiento arbitral. El principio tiene por efecto exclusivo el permitir al árbitro, cuya competencia ha sido controvertida, a continuar con el arbitraje si considera que dicho cuestionamiento de competencia no esta lo suficientemente fundado o no se justifica.

5) Examen preliminar de la competencia por la instrucción arbitral o el juez estatal: La intervención de una institución arbitral o un juez de apoyo puede estar subordinada a un examen *prima facie* de la existencia de un acuerdo arbitral que vincule a las partes y abarque el objeto de litigio, sin que dicha decisión tenga fuerza de cosa juzgada ni el examen prejuzgue la decisión por el tribunal arbitral, quien, una vez constituido, podrá decidir sobre su propia competencia. El juez a quien se le solicite la designación de un árbitro debe, por lo menos al momento de la contestación, controlar la existencia de un acuerdo arbitral aplicable en la especie. Dicho control se limita a un examen *prima facie* y no prejuzga sobre la decisión del tribunal arbitral que se constituye eventualmente, ni limita, condiciona o dirige en forma alguna la decisión del tribunal arbitral al respecto.

Efectos negativos:

1) Contenido del efecto negativo: Se entiende por este como la prohibición a los tribunales estatales de conocer una controversia cuando exista (aunque sea

prima facie) un acuerdo arbitral, ello incluye la prohibición de resolver sobre la existencia o la validez de dicho acuerdo arbitral antes que los árbitros mismos hayan tenido la ocasión de pronunciarse al respecto. La principal disposición del efecto negativo se encuentra contenida en el artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras⁶, que estipula⁷:

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

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

2) El efecto negativo del acuerdo arbitral bajo derecho mexicano: Algunos derechos arbitrales consagran la prioridad del árbitro en caso de litispendencia entre un procedimiento arbitral y un procedimiento idéntico ante un juez estatal, otros no; tal es el caso del derecho mexicano, ya que únicamente consagra el efecto positivo de la *competence-competence*, por lo tanto no garantiza que el árbitro decida antes que la autoridad ante quien se instale el recurso.

Antes de seguir adelante con la naturaleza del principio en comento, es fundamental referirnos al principio de autonomía del acuerdo arbitral, toda vez que ambos principios se encuentran íntimamente ligados en cuanto a su estructura. Se entiende por autonomía del acuerdo arbitral, como aquella independencia jurídica que guarda frente

⁶ Centro de Comercio Internacional, Serie: derecho mercantil, Arbitraje y solución alternativa de controversias, Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales, Primera Edición, 2003, México, pp.90-91.

⁷ Gaja Giorgio *International Commercial Arbitration New York Convention*, Oceana Publications, Inc, Dobbs Ferry, New York, 1978 p.-II.19

al contenido total del contrato, por lo tanto si un tribunal arbitral determina que el contrato es nulo o inexistente, no implica que el acuerdo arbitral siga la misma suerte, ya que este es autónomo y/o separable del resto de las estipulaciones del contrato.

Este principio puede ser confundido con el principio *compétence-compétence*, el cual refiere a la facultad del tribunal arbitral de decidir por sí mismo, aunque generalmente en primera instancia, si cuenta o no con jurisdicción, sin embargo dicho principio en la mayoría de las situaciones es materia procesal, en cambio la autonomía de la cláusula arbitral es un principio substancial⁸. Por lo tanto, si en un sistema legal no acepta el principio *compétence-compétence* más sí el principio de autonomía, la consecuencia será que el Juez conocerá de la nulidad de la cláusula arbitral y una vez que éste resuelva la falta de fundamentos para declarar la nulidad del acuerdo arbitral, remitirá a las partes al arbitraje. En consecuencia el tribunal arbitral seguirá teniendo competencia para determinar el fondo del asunto aunque el contrato en sí sea inexistente o nulo.

Las doctrinas relativas a la autonomía y al principio *compétence-compétence* se encuentran relacionadas entre sí, pero son distintas, es decir el principio de competencia comienza en donde el principio de separabilidad termina.

La doctrina acerca del principio *compétence-compétence* tiene dos aspectos, el primero consiste en que los árbitros son jueces de su propia jurisdicción y tienen el derecho de determinar su propia competencia, por lo tanto si la validez del acuerdo arbitral *–per se–* y la competencia del árbitro es impugnada, el o ella no debe detener los procedimientos ya que puede continuar con el arbitraje y considerar si tiene o no jurisdicción; el segundo aspecto establece que en algunos países, el acuerdo arbitral es removido a la jurisdicción inicial de los Jueces. Si el análisis *prima facie* de la existencia del acuerdo arbitral es objetado, el Juez deberá remitir la disputa al arbitraje. No obstante lo anterior, existe una gran variación en lo que se refiere a este segundo aspecto. En países que utilizan el sistema de derecho civil, tal y como lo es Francia, los árbitros parecen tener amplia jurisdicción para determinar su propia competencia, sin embargo el criterio en países que utilizan el sistema de *common law* tienen únicamente competencia limitada para determinar su propia competencia, es decir las decisiones

⁸ Laurence Craig W., W. Park, Paulsson Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Editorial Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, Tercera Edición, NY, Estados Unidos de América, pp. 48-49

que tomen al respecto, pudieran ser reconsideradas y sujetas de nuevo escrutinio por los Jueces⁹.

Schwebel¹⁰ justifica la doctrina de la autonomía del acuerdo arbitral en cuatro terrenos, mismos que sintetizo de la siguiente manera:

- 1.** Cuando las partes redactan un acuerdo arbitral que es amplio en cuanto a su contenido, la intención es que todas las controversias, incluyendo dispuestas sobre la validez del contrato, deben ser dirimidas por arbitraje. Este término puede estar implícitamente pactado en el contrato.
- 2.** Simplemente si una de las partes impugna la validez del contrato en lo principal, el árbitro se encontrará impedido para regular su propia competencia, lo cual va contrario a la naturaleza del arbitraje, ya que lo que diferencia este medio de solución de controversias frente a un litigio es la velocidad y simplicidad contrario a los tiempos y gastos de las Cortes. El problema es aún mucho pero en acuerdos arbitrales internacionales, ya que no existe una corte internacional, de efectos vinculatorios que pueda determinar y ejecutar la validez del contrato.
- 3.** Se encuentra bien establecida la ficción legal que establece cuando las partes acuerdan sujetarse a arbitraje, ellas realmente están ingresando a dos convenios separados: el convenio principal que contiene las obligaciones sustantivas y el acuerdo de arbitraje que prevé el arreglo de cualquier disputa distinta del contrato principal. Esta ficción legal es perfectamente justificada si partimos de la base de que las partes ingresan a dos contratos físicamente separados. En esta situación si se alega que el contrato principal es nulo, no existe duda alguna sobre la validez del propio acuerdo arbitral, por el principio de autonomía. Por lo tanto es lógico tratar el acuerdo arbitral como una parte distinta del contrato en lo principal.
- 4.** La práctica ampliamente reconocida en el ejercicio de jurisdicción de las Cortes ha sido en solo revisar los Laudos Arbitrales.

⁹ Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=648402 el día 08 de Febrero de 2007.

¹⁰ Stephen M Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (1987) ch1,1-13

La doctrina *compétence-compétence* es más controversial, como ejercicio lógico es difícil aceptar que el árbitro cuente con la jurisdicción para determinar su propia competencia en el supuesto de que el acuerdo arbitral es dudoso.

No obstante lo anterior, la doctrina ha sido justificada en varios campos¹¹:

1. *Existe un presupuesto refutable de que el poder jurisdiccional ha sido conferido a la voluntad de las partes cuando ellas se sujetan al acuerdo arbitral, por lo tanto los jueces deben respetar lo pactado por las partes, en el entendido de que el árbitro actúe de buena fe.*
2. *El poder derivado del principio *Compétence-Compétence* es inherente a los cuerpos judiciales y es esencial para el desarrollo de sus funciones.*

El principio *compétence-compétence* es mejor visto como una regla de conveniencia designada para reducir numerosos retos a la jurisdicción del árbitro, de hecho promueve el proceso arbitral dando a los árbitros la competencia para decidir su propia competencia, para que así las partes no se sujeten a la decisión de los Jueces.

La autonomía y el principio de *compétence-compétence* están conectados. Se ha dicho que el principio de *compétence-compétence* es corolario de la doctrina de la autonomía del acuerdo arbitral ya que dicho principio crea la necesidad de que el árbitro cuente con jurisdicción para determinar no solo la validez del contrato en lo principal, sino también para determinar la validez del acuerdo arbitral. De igual manera, la autonomía para ser vista como un principio sustantivo que fortalece el ámbito procesal del principio *compétence-compétence*¹².

En conclusión las dos doctrinas buscan que todas las disputas que se deriven del Contrato sean resueltas por arbitraje, asimismo promueven el proceso arbitral removiendo la necesidad de regresar a las Cortes para determinar cuestiones preliminares relativas a la Jurisdicción.

¹¹ Ibrahim FI Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction* (1965) 25-6, cited in Janet A Rosen, "Arbitration Under Private International Law: The Doctrines of Separability and *Compétence de la Compétence*" (1994) 17 *Fordham Int'l LJ* 599 at 608; Clive M Schmitthoff, "The Jurisdiction of the Arbitrator" in the *Art of Arbitration* (Jan C Schultz & Albert Jan van den Berg eds, 1982) 285 at 292-3

¹² Aaron Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1990) at 76 - 9.

Atrae mi atención lo establecido por el Centro de Comercio Internacional¹³, respecto del tema de competencia del tribunal arbitral, lo cual es importante para los efectos del presente documento, idea que transcribo a continuación:

“Cualquier decisión dictada por un tribunal arbitral respecto de su propia competencia está, no obstante, generalmente sujeta al control de los juzgados y tribunales de los Estados en el lugar de su pronunciamiento”

Esta cautela se traduce en el respeto al imperium del Estado donde se encuentre la sede el arbitraje, ya que la impartición de la justicia es una expresión de la soberanía del propio Estado y que si bien la estructura básica del arbitraje descansa en la mínima intervención del poder estatal en los asuntos arbitrables, lo cierto es que estamos frente una línea muy delgada, ya que por un lado el Estado siempre argumentará que dicha potestad es irrenunciable y amplia, y por el otro, los simpatizantes del principio pro-arbitraje pugnarán por la libertad de decidir la forma en que se llevará a cabo el procedimiento arbitral en todas sus etapas.

En opinión del ponente no se trata de tomar una postura en particular sino más bien una posición al respecto, es decir: *¿Que es lo más conviene para la institución de arbitraje?* Para dar contestación a dicho cuestionamiento, vale la pena analizar que camino representa la mejor alternativa a fin de que el Juez coadyuve con su *imperium* a favor del arbitraje.

En síntesis, tanto el principio *compétence-competénce* junto con el principio de autonomía de la cláusula arbitral, constituyen elementos propios del principio pro-arbitraje, el cual, busca ante todo, que las partes diriman su controversia mediante un proceso expedito y completo, es decir que el árbitro y/o árbitros decidan con plenos poderes (y no restringidos) las desavenencias que les sean sometidas a fin de lograr una impartición de justicia íntegra y adecuada.

¹³ Centro de Comercio Internacional, Serie: derecho mercantil, *Arbitraje y solución alternativa de controversias, Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales*, Primera Edición, 2003, México, p.92.

1.3 Aplicación del principio en el Derecho Internacional.

En este apartado se expondrá el tratamiento que recibe el principio *compétence-compétence* en varios países.

Dada la gran influencia que ejerce nuestro principal socio comercial respecto del tema de arbitraje, se comenzará por señalar a los Estados Unidos de América, para posteriormente pasar a Francia y por último analizar a un país Asiático como lo es China, específicamente Hong Kong.

A. Estados Unidos de América.

Contrario a lo que mucha gente pudiera pensar, el sistema judicial americano no cuenta con un sistema uniforme de aplicación al principio de referencia, en términos de “*Federal Arbitration Act*” la cual aplica a comercio interestatal y trasnacional, conforme a su sección 4, la Corte Federal debe remitir al arbitraje de acuerdo con los términos del acuerdo arbitral si inicialmente la validez de dicho acuerdo no es *per se* un problema. La Corte en aplicación a la sección citada sostuvo en el caso de *Prima Paint* que el argumento de fraude sostenido en el contrato en la parte sustancial, no toca el acuerdo arbitral el cual es separable y por lo tanto aplicable. El caso *Prima Paint* fue confirmado en el caso *Republic of Philippines and National Power Corp v. Westinghouse Electric Corp* en el cual la corte determinó¹⁴:

“Prima Paint is alive and healthy...The challenge for the party who believes himself to be the victim of a fraud and wishes to fight it out in the court is to demonstrate that the fraud was specifically directed to the arbitration clause or to convince the court to craft some exception to the Prima Paint doctrine...”

No obstante lo anterior, el poder para decidir asuntos jurisdiccionales tales como la validez de la cláusula arbitral está reservada a la judicatura en la sección 4 citada, por lo tanto la ley de los Estados Unidos no expone la doctrina de *compétence-compétence*¹⁵.

¹⁴ Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=648402 el día 08 de Febrero de 2007, ver (1989) 714 F Supp 1362.

¹⁵ Sitio de Internet citado, Rosen, *supra*, n 11, at 623 n 141 (citations of cases establishing that competence-competence is not accepted in the United States), 627.

Por otro lado, en un distinto acercamiento tomado del caso *Apollo Computer v. Berg* donde el contrato entre la compañía computacional de Massachussets y el distribuidor sueco fue terminado y los derechos del distribuidor sueco, en bancarrota, fueron cedidos a un tercero, la Corte sostuvo que la validez de la cláusula arbitral modelo de la Cámara de Comercio Internacional fue materia para que los propios árbitros decidieran por si mismos, ya que el Reglamento de dicha Cámara establece la remisión a los árbitros para decidir objeciones sobre la validez de la cláusula arbitral, siempre y cuando la Cámara Internacional de Comercio satisfaga la existencia *prima facie* del acuerdo arbitral¹⁶.

Al día de hoy las Cortes difieren en si los jueces o los árbitros pueden determinar los asuntos propios de su jurisdicción o bien los límites de tiempo en la presentación de las reclamaciones arbitrales. En decisiones que envuelven acrobacias lingüísticas considerables, los Circuitos han dividido su decisión respecto a los requerimientos de elegibilidad. Algunos han considerado que el límite del plazo contenido en las reglas de arbitraje constituye un pre-requisito al ejercicio de la jurisdicción, la cual debe ser determinada por las Cortes, mientras que otros han determinado el mismo asunto a favor de los árbitros.

Temporalmente el efecto de la decisión de asumir competencia de parte de los árbitros puede representar un problema en las siguientes etapas del procedimiento arbitral. Las Cortes en los Estados Unidos de América han sostenido que los árbitros, en vez de los jueces, generalmente decidan otorgar el efecto *res judicata* previo al laudo arbitral, por lo menos si las partes no manifestaron disposición en contrario al respecto¹⁷.

B. Francia

La Ley Francesa expresamente adopta el principio *compétence-compétence*, mediante el cual los árbitros inicialmente determinan los límites de su jurisdicción. El *Nouveau Code de Procédure Civile* en su artículo 1466 establece:

¹⁶ Ver artículo 8 (3) del Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio de 1975, vigente al tiempo en que el caso *Apollo v. Berg* fue decidido.

¹⁷ Ver *John Hancock Mut. Life Ins. Co. v. Olick*, 151 F 3d 135 (3d Cir. 1998); *FIRE Ins. Co. v. National Gypsum Co.*, 101 F 3d 813 (2nd Cir. 1996).

“Si alguna de las partes objeta ante el tribunal arbitral el alcance de la facultad jurisdiccional del tribunal, el tribunal cuenta con la autoridad para determinar sobre la validez dentro de los límites de su investidura”

Adicionalmente, la Ley Francesa retrasa la revisión judicial de la jurisdicción arbitral hasta después de que el laudo arbitral es emitido. En el caso de que el tribunal arbitral no se ha constituido, las Cortes pueden decidir la cuestión jurisdiccional, pero únicamente si el acuerdo arbitral es claramente nulo (*manifestement nulle*) o cuando ha existido dificultades en constituir el tribunal arbitral. Si el tribunal arbitral ha iniciado en el conocimiento de la disputa, las Cortes deben declinar escuchar el caso¹⁸.

C. Hong Kong

Hong Kong adoptó la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional, con ciertas omisiones. Hong Kong otorgó a la Ley Modelo un generoso alcance, aclarando que su aplicación no solo se limitaba al arbitraje comercial.

En este contexto, las Cortes de Hong Kong han cotidianamente interpretado la Ley Modelo en su artículo 8 (*Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal*) en el sentido de suspender los procedimientos judiciales a favor del arbitraje, no obstante que exista un argumento relativo a que no es una disputa genuina (*“genuine dispute”*).

Las Cortes de Hong Kong han mostrado su conformidad de reconocer aún cláusulas arbitrales redactadas confusamente, por ejemplo el determinar una institución arbitral no existente o bien la falta de referencia de la sede del arbitraje, la Corte ha sostenido que la referencia a un país no especificado o a una Institución Arbitral no existente no constituye nulidad o inoperatividad del acuerdo arbitral, ya que el criterio de la Ley Modelo determina de cualquier forma remitir a las partes al arbitraje¹⁹.

¹⁸ Laurence Craig W., W. Park, Paulsson Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Tercera Edición, Editorial Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, Estados Unidos de América, NY, p. 552

¹⁹ *ibid.*, NY, p. 568.

Por último el principio contenido en la Ley Modelo relativo a que las Cortes no deben intervenir en el arbitraje, excepto donde así se prevea en la Ley, es fortalecido por un principio aún más general, que señala que las Cortes, “intervendrán en el arbitraje en aquellas disputas en donde exclusivamente señale el ordenamiento arbitral”.

En la percepción del suscrito y tomando en consideración los antecedentes señalados, considero que el artículo 16 de la Ley Modelo (*Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia*), el cual contiene principio *compétence-compétence* es aplicado de igual manera, de manera extensiva, ya que cuenta con un régimen administrativo regional (*Special Administrative Region*) que le permite tener su propio sistema legal y ley de arbitraje; de hecho la *Hong Kong Arbitration Centre* aplica en sus arbitrajes administrados, la UNCITRAL Arbitration Rules emitidas por Asamblea General de las Naciones Unidas 31/98²⁰ y que en su artículo 21, el cual establece dicho principio, prácticamente es el mismo contenido del artículo 16 citado; dejando así a un lado la manera en que Gran Bretaña ha venido aplicando dicho principio, ya que este país ha determinado que las decisiones en donde el tribunal arbitral sostenga su competencia, no son vinculantes, por lo que la parte afectada podrá impugnar dicha determinación mediante el Juez.

1.4 Competencia Parcial.

La Competencia Parcial se entiende como la facultad limitada de conocer exclusivamente la validez del contrato en su totalidad, mientras que el Juez decide sobre la validez del acuerdo arbitral. Por el contrario, la Competencia Total, podemos definirla como aquella mediante la cual el árbitro decide sobre la validez tanto del contrato en su totalidad como del acuerdo arbitral²¹.

Tal y como se ha desentrañado en apartados anteriores, existe dos posturas respecto al principio en comento, por un lado la facultad amplia y por el otro la autoridad limitada, tanto Estados Unidos como Gran Bretaña pareciera ser que su sistema judicial se inclina a controlar la actuación de la Institución Arbitral, sin embargo en Francia, del cual

²⁰ Disponible en http://www.hkiac.org/HKIAC/HKIAC_English/main.html, el 15 de Febrero de 2007.

²¹ González de Cossío Francisco, *El Principio Compétence-Compétence, Revisitado*, documento entregado por su redactor en manos del ponente, México D.F., 2007.

México tiene gran influencia en su sistema jurídico, así como Alemania, Suecia, Suiza, por citar algunos, aceptan el principio *compétence-compétence* en su sentido más amplio, incluso el principio de autonomía del acuerdo arbitral.

A mayor detalle, el caso de Francia establece el elemento de la “prioridad” (preferencia) para asumir su competencia y en consecuencia conocer de la impugnación del acuerdo arbitral en los temas de nulidad, inexistencia y/o imposible ejecución, incluso limita la actuación del Juez en el sentido de que podrá asumir competencia, siempre y cuando determine en su análisis, previo a fijar su jurisdicción, si la cláusula arbitral es manifiestamente nula, inexistente y/o imposible de ejecutar, si llega a la conclusión de que no lo es, (manifiestamente nula) deberá remitir a las partes al arbitraje, es decir en caso de duda, favorece a la institución de arbitraje.

Como se mencionó en líneas anteriores, la pregunta es ¿Cuál de las dos competencias –Total o Parcial- es más favorable al Arbitraje?, dicho de otra forma, cual de estas dos visiones facilita más la impartición de justicia en temas comerciales nacionales y/o internacionales cuya dinámica demandan una decisión a la brevedad posible.

Claramente se puede llegar a la conclusión preliminar, la Competencia Total favorece al Arbitraje, ya que al facultarse al árbitro para resolver las controversias relativas a su propia jurisdicción, podrá decidir de manera pronta y expedita los asuntos que se pongan a su consideración, evitando prácticas dilatorias de los litigantes, acciones encaminadas a paralizar dicho procedimiento.

No obstante lo anterior, el Arbitraje si está regulado por los sistemas judiciales, ello a fin de evitar graves deficiencias en la impartición de justicia, pero en los casos que así se lo permita, a efecto de no impedir el objetivo principal del mismo, el cual consiste en “facilitar el comercio” a las partes, por lo que la competencia total es una herramienta esencial e indispensable en el sistema arbitral.

1.5 Instituciones Arbitrales que utilizan el principio *compétence-competence* en sus Reglas de procedimiento arbitral.

Dentro de los Reglamentos expedidos por las Instituciones Arbitrales más reconocidas en el ámbito internacional, se encuentran los siguientes:

- a) La Cámara de Comercio Internacional (por sus siglas en inglés “*ICC*”); disponible en <http://www.iccwbo.org> el 19 de Febrero de 2007.
- b) La *London Court of International Arbitration*. (por sus siglas en inglés LCIA); disponible en <http://www.lcia.org> el 19 de Febrero de 2007.
- c) La *American Arbitration Association*. (AAA); disponible en <http://www.adr.org> el 19 de Febrero de 2007.
- d) Las Reglas de Arbitraje de la *UNCITRAL* adoptadas el 28 de Abril de 1976; UNCIRAL.
- e) La Ley Modelo de *UNCITRAL* sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada el 21 de Junio de 1985;
- f) *The China International Economic and Trade Arbitration Commission*; disponible en http://www.cietac.org.cn/index_english.asp el 19 de Febrero de 2007.
- g) El *German Institute of Arbitration*; disponible en <http://www.dis-arb.de/> el 19 de Febrero de 2007.

I. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL:

La Cámara de Comercio Internacional, fundada en París en 1923, continúa siendo una de las instituciones líderes en el arbitraje comercial internacional. Los casos que atendió durante los noventa ascendió a más de 300 casos por año y en el año 2006 a la suma aproximada de 600 casos, la mayoría de estos se refieren a controversias internacionales, los cuales envuelven sumas muy sustanciales²².

El Reglamento de dicho Instituto dispone en su artículo 6(2) lo siguiente:

²² Laurence Craig W., W. Park, Paulsson Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Tercera Edición, Editorial Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, Estados Unidos de América, NY, p. 46.

“Si la demandada no contesta la demanda según lo previsto en el artículo 5º, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida, prima facie, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso, corresponderá al tribunal arbitral tomar toda decisión sobre su competencia. Si la Corte no estuviera convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservarán el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue”.

Este artículo está diseñado para aplicarse cuando una demanda de arbitraje se presenta sin que las partes hayan hecho ninguna indicación de que han acordado someter su litigio al arbitraje de la CCI o que, por lo demás se impugne la jurisdicción de esta institución²³.

En este sentido dicho artículo autoriza expresamente al tribunal arbitral a decidir sobre su propia competencia, si una parte presenta una objeción respecto al alcance del acuerdo de arbitraje.

Ahora bien una de las principales modificaciones hechas en 1998 a este artículo es la reformulación del análisis de *prima facie*, el cual consiste en que la Corte, si estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que continúe el arbitraje. Si la Corte no estuviere convencida de la posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir.

La reformulación de esta regla, refleja mejor la práctica de la Corte en los últimos años. La expresión *prima facie* también ha sido desplazada, con objeto de poner en claro que es una determinación de la Corte tomada con base en un análisis *prima facie* y que no se debe inferir de la decisión de la Corte que ha llegado a la conclusión de que hay en efecto un acuerdo de arbitraje.

²³ Derains Yves, A. Schwartz Eric, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Editorial Oxford, México, D.F., 2001, pp.-96-107.

El artículo en comento, se aplica sólo si el demandado no presenta una contestación o si una parte presenta una o más impugnaciones respecto a la existencia, la validez o el alcance del acuerdo de arbitraje. La Corte dependiendo de las circunstancias, su decisión de poner en marcha el arbitraje puede ser influida por la existencia de procedimientos judiciales paralelos en el domicilio de una o más de las partes.

El análisis *prima facie* en la práctica, la CCI rara vez rehúsa poner en marcha un arbitraje, de hecho en 1996, la CCI recibió 433 demandas de arbitraje, una de las principales razones para ello es que resulta extremadamente inusual que una parte presente una demanda de arbitraje ante la CCI en ausencia de cualquier prueba de un acuerdo de arbitraje, por el contrario casi siempre hay la misma, en caso de duda, la Corte tiende a interpretar de un modo muy liberal la frase *prima facie*, y por consiguiente, permite que el arbitraje continúe en casos de duda, en realidad las modificaciones realizadas al artículo 6 (2) se hicieron pensando en esto.

La determinación del tribunal arbitral sobre su propia competencia, dicho artículo ha sido formulado en términos más amplios, por lo que se puede afirmar que autoriza o, incluso, obliga, al tribunal arbitral a decidir acerca de su competencia en casos en los que el demandado no ha presentado una contestación y al tribunal le parece que puede existir un problema en torno a su propia jurisdicción. Que el tribunal arbitral debe, por su propia iniciativa, considerar el asunto de su propia jurisdicción es, de hecho, ampliamente aceptado en casos de rebeldía y, en consecuencia, la formulación en términos más amplios del artículo 6 (2). Por regla general, ayuda a esclarecer la autoridad que tiene el tribunal arbitral para actuar de ese modo.

Sin embargo, dicho artículo, no prevé que el tribunal arbitral decida acerca de su jurisdicción en ausencia de un alegato de una de las partes, de hecho no existe un acuerdo universal acerca de si puede o no hacerlo propiamente como una cuestión de derecho, aunque hay un fuerte apoyo en el plano internacional a la proposición de que debe obrarse de este modo si, de no hacerlo, se viola el orden público. Así, por ejemplo, se observa que en el proceso de redacción del artículo 16 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, la referencia a las “objeciones” de las partes contenidas en el artículo 21 del Reglamento de la UNCITRAL fue eliminada deliberadamente con el objetivo de permitirles a los árbitros que decidieran acerca de los problemas relacionados con la

jurisdicción por su propia iniciativa. Sin embargo, aún así los redactores de la Ley Modelo mantuvieron el punto de vista de que “con la excepción de determinadas clases de objeciones jurisdiccionales –como las referidas a arbitrabilidad u orden público- el dejar de elevar un alegato acerca de la jurisdicción debe ser considerado como una renuncia a este punto”²⁴

A mayor detalle, existen dos razones por las cuales el arbitraje puede proceder a pesar de que una parte alegue la jurisdicción del tribunal arbitral: Primera, las reglas de la CCI engloban el principio de que los árbitros cuentan con jurisdicción para determinar su propia jurisdicción artículo 6(2), una vez que la Corte ha encontrado *prima facie* en forma positiva competencia, el artículo establece que cualquier decisión relativa a la jurisdicción del tribunal arbitral deberá ser tomada por el propio tribunal arbitral), y segundo, el acuerdo arbitral es autónomo del contrato en lo principal (artículo 6(4)). Aún en contra del argumento de que el contrato en lo principal es nulo y/o inexistente, el árbitro, tiene la facultad para determinar su propia jurisdicción. Bajo el artículo 6 (4) del Reglamento establece:

“A menos otra cosa se pacte, el tribunal arbitral no desistirá de contar con jurisdicción por razón de cualquier demanda que señale que el contrato es nulo o inexistente, o el alegato de que el tribunal arbitral sostenga la validez del acuerdo arbitral. El tribunal arbitral deberá continuar bajo su propia jurisdicción para determinar los respectivos derechos de las partes y adjudicarlos a pesar de las reclamaciones aún y cuando el contrato por si mismo pudiera ser considerado nulo, ineficaz o inexistente.”

Cuando las partes se hubieren sujetado a dirimir sus controversias vía arbitraje las partes se obligan en un acuerdo por separado a facultar a los árbitros para decir el derecho, aún en reclamaciones de nulidad del contrato en el cual se encuentre la cláusula de arbitraje. De esta forma cuando se demanda la falta de jurisdicción, corresponde a los árbitros en primera instancia decidir sobre ello.

Los árbitros se basan bajo la regla *compétence-compétence* lo cual les permite tener la facultad para decidir su propia jurisdicción. El efecto, sujeto a un control *a posteriori*

²⁴ *Ídem*, pp. 124-125.

por el sistema judicial nacional, es que los árbitros decidan sobre cuestiones jurisdiccionales²⁵.

El sistema establecido en las reglas de la CCI es razonable y práctico. Una objeción jurisdiccional no requiere de una acción por separado ante el sistema judicial local, ni por ello deberá retrasar la formación del tribunal arbitral. De manera apropiada, el tribunal arbitral podrá proveer un procedimiento para resolver preliminarmente el problema de la jurisdicción mediante un laudo parcial.

Permitir a los árbitros determinar su propia jurisdicción y proveer a la CCI la revisión inicial *prima facie* permite prevenir intervenciones prematuras del sistema judicial local en los procesos arbitrales. La palabra “prematura” aquí es utilizada intencionalmente; en la etapa de ejecución los tribunales judiciales, bajo todos los sistemas legales y tratados internacionales tienen la facultad para verificar que los árbitros tuvieron jurisdicción para emitir un laudo como uno de los requisitos para su ejecución.²⁶

II. LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION:

La Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA por sus siglas en inglés) fundada en 1892, constituye, por mucho, la segunda más popular institución de arbitraje de Europa. En sus reportes anuales, ha atendido más de 100 controversias en los recientes años. La LCIA ha hecho un esfuerzo extraordinarios en los recientes años en tratar de superar las percepciones de que se trata de una organización exclusivamente inglés.

Las designaciones de los árbitros se obtienen de la Barra Inglesa o bien de personas retiradas del sistema judicial, en gran parte porque los casos que resuelve la LCIA son contratos regulados bajo las leyes de Inglaterra.

En este sentido, el artículo 23 (Jurisdicción del tribunal arbitral) de su Reglamento (con efectos a partir del 01 de Enero de 1998) establece que el tribunal arbitral tendrá la facultad para determinar su propia jurisdicción incluyendo cualquier objeción al inicio o

²⁵ Laurence Craig W., W. Park, Paulsson Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Tercera Edición, Editorial Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, Estados Unidos de América, NY, pp. 161-162.

²⁶ *Ídem*, p.- 167.

durante el proceso, sobre la existencia, validez o efectividad del acuerdo arbitral. Para tal propósito la cláusula arbitral que forma o trató de formar parte de otro acuerdo deberá ser tratada como un acuerdo arbitral independiente de ese otro acuerdo. La decisión del tribunal arbitral de que el otro acuerdo es inexistente, inválido o ineficaz no deberá interpretarse *ipso jure* como la inexistencia, invalidez o ineficacia de la cláusula arbitral.

Por haberse sujetado las partes al arbitraje en términos del Reglamento de dicha institución arbitral, las partes asumen el deber, por haberlo así convenido, de no aplicar a cualquier corte estatal o cualquier otra autoridad judicial, la liberación de la jurisdicción del tribunal arbitral, excepto mediante acuerdo escrito por todas las partes que intervienen en el arbitraje o previa autorización del tribunal arbitral o posteriormente al laudo que decida la objeción a su propia jurisdicción²⁷.

Este instituto arbitral establece en su Reglamento la preferencia del árbitro para conocer el asunto sobre un juez local, así mismo el Reglamento faculta al árbitro a decidir sobre su propia competencia en los casos de nulidad, inexistencia y/o ejecución imposible.

III. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION:

Una de las instituciones arbitrales con mayor presencia a nivel internacional, sin lugar a dudas constituye la Asociación Americana de Arbitraje (AAA por sus siglas en inglés). Fundada en 1926 con sede en Nueva York (con aproximadamente 30 oficinas regionales en toda la Unión Americana), es considerada la institución americana líder en su ramo, resolviendo asuntos de cualquier parte del mundo.

A pesar de que sus métodos para la identificación de controversias “internacionales” constituye alguna de las veces materia de discusión, resuelve alrededor de más de 600 controversias internacionales por año. (La AAA aplica la definición de UNCITRAL para determinar si la controversia es “internacional”) ²⁸

²⁷ B. Born Gary, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, Second Edition, The Netherlands, 2006, pp.- 193, 207-208.

²⁸ *Ídem*, p. 48.

En su Reglamento sobre Arbitraje Comercial (Commercial Arbitration Rules of American Arbitration Association, amended and effective from September 15, 2005) señala en su artículo 7 (jurisdicción) que el árbitro contará con la facultad para decidir su propia jurisdicción, incluyendo cualquier objeción con respecto a la existencia, alcance o validez del acuerdo arbitral.

El árbitro tendrá la facultad para determinar la existencia o validez del contrato del cual forma parte la cláusula arbitral. Dicho acuerdo de arbitraje deberá ser tratado como un acuerdo independiente de los demás términos del contrato. La decisión del árbitro de que el contrato es nulo y/o inexistente no deberá, por dicha razón, extenderse a la invalidez del acuerdo arbitral.

El árbitro decidirá sobre las objeciones de la jurisdicción como un asunto preliminar o en la parte final del laudo²⁹.

De igual manera, este Reglamento establece los principios de primacía del árbitro sobre el Juez estatal, así mismo el Reglamento faculta al árbitro a decidir sobre su propia competencia en los casos de nulidad, inexistencia y/o ejecución imposible.

IV. LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA UNCITRAL ADOPTADAS EL 28 DE ABRIL DE 1976:

El artículo 21 de dichas reglas (*Pleas as to the jurisdiction of the Arbitral Tribunal*), establecen que el tribunal arbitral tendrá el poder para decidir objeciones relativas a la falta de jurisdicción, incluyendo cualquier objeción con respecto a la existencia o validez de la cláusula arbitral o de la autonomía del acuerdo de arbitraje.

El Tribunal Arbitral podrá determinar la existencia o validez del contrato en el cual la cláusula arbitral forme parte integrante de este. Para los propósitos del presente artículo, la cláusula arbitral que forma parte del contrato y que prevé el arbitraje bajo las presentes reglas, deberá ser tratada como un convenio independiente de los demás

²⁹ *Ídem*, pp.-233, 236.

términos del contrato. La decisión del tribunal arbitral respecto a si el contrato es nulo o invalido, no se entenderá que *ipso jure* la cláusula arbitral sea de igual forma inválida.

El tribunal arbitral podrá resolver cualquier cuestión relativa a su jurisdicción como una cuestión preliminar, no obstante a ello, el tribunal arbitral podrá proceder con el arbitraje y decidir dicha cuestión en el laudo definitivo³⁰.

IV.1 LA LEY MODELO DE UNCITRAL SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, ADOPTADA EL 21 DE JUNIO DE 1985 (en adelante “Ley Modelo”):

Por su parte, la Ley Modelo establece en su artículo 8 (*Arbitration Agreement and Substantive Claim before Court*) la obligación de las Cortes ante las cuales se presente una acción que sea materia del acuerdo arbitral, deberán, si las partes lo solicitan previo al primer argumento de la controversia, remitir a las partes al arbitraje, a menos que se encuentre que el acuerdo es nulo, ineficaz o imposible de ser ejecutado. Si alguna acción ha sido interpuesta, en términos de lo anterior, los procedimientos arbitrales podrán comenzar o continuar, y un laudo podrá ser emitido, mientras la *litis* este pendiente de decidirse ante las Cortes.

De manera complementaria, el artículo 16 de dicho ordenamiento, (*Competente of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction*) determina que el tribunal arbitral podrá decidir sobre su propia jurisdicción, incluyendo cualquier objeción con respecto a la existencia o validez del acuerdo arbitral, para tales propósitos, la cláusula arbitral que forma parte del contrato deberá ser tratada como un convenio independiente de los demás términos del contrato.

El tribunal arbitral podrá decidir dichas objeciones ya sea de manera preliminar o en el laudo definitivo. Si el tribunal arbitral decide su jurisdicción como una cuestión preliminar, cualquier parte podrá solicitar, dentro de los 30 días posteriores a la notificación de dicha decisión, al Tribunal competente, cuál decisión prevalecerá, por lo

³⁰ *Ídem*, p.-270.

que mientras este pendiente la decisión de esta, el tribunal arbitral podrá continuar con los procedimientos arbitrales y emitir un laudo³¹.

V. THE CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND TRADE ARBITRATION COMMISSION (CIETAC):

El Artículo 4 (Ámbito de Aplicación) señala que la convención de arbitraje incluida en un contrato será considerada autónoma e independiente de todas las otras cláusulas del contrato y la convención de arbitraje adjunta a un contrato deberá ser considerada autónoma e independiente de las otras cláusulas del contrato. La validez de una cláusula arbitral o de una convención de arbitraje no será afectada por ninguna modificación, rescisión, terminación, transferencia, vencimiento, invalidez, ineficacia, revocación o por la inexistencia del contrato.

En adición a lo anterior, el artículo 6 (Objeción en relación a la validez de una Convención de Arbitraje y/o en relación a la Jurisdicción) establece que la CIETAC tendrá la facultad de determinar la existencia y validez de una convención de arbitraje y su jurisdicción sobre un caso. La CIETAC puede, en caso necesario, delegar dicha facultad al tribunal arbitral.

Asimismo determina que cuando la CIETAC entiende que *prima facie* existe una convención de arbitraje que prevé el arbitraje por la CIETAC, esta puede decidir, con base en tal evidencia, que tiene jurisdicción sobre el caso y así el arbitraje continuará, tal decisión no impedirá que la CIETAC emita nueva decisión sobre jurisdicción basada en hechos y/o pruebas encontrados por el tribunal arbitral durante el procedimiento arbitral que demuestren que la evidencia *prima facie* era inconsistente.

Cualquier objeción en relación a la convención de arbitraje y/o sobre jurisdicción debe ser presentada por escrito antes que la primera audiencia oral sea llevada a cabo por el tribunal arbitral. Si el caso debe ser decidido solamente con base en documentos, la objeción deberá ser formulada antes de la presentación de la primera defensa substantiva.

³¹ *Ídem*, pp.- 282 y 286.

La objeción a la convención de arbitraje y/o a la jurisdicción no interrumpirá el proceso arbitral y dichas objeciones citadas y/o las decisiones sobre jurisdicción emitidas por la CIETAC incluirán objeciones y/o decisiones sobre la capacidad de las partes para participar en el arbitraje.

VI. GERMAN INSTITUTE OF ARBITRATION:

El contenido del reglamento de esta institución, de manera específica no refiere a un capítulo propio de la jurisdicción del tribunal arbitral, no obstante a ello, la cláusula modelo de dicho instituto establece:

“Todos los litigios que se susciten en relación con el contrato (... definición del contrato ...) o sobre su validez, se solucionarán definitivamente mediante la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la Institución Alemana de Arbitraje e.v. (DIS), con exclusión de la vía judicial ordinaria”.

Por lo anterior se llega a la conclusión de que el tribunal arbitral es competente para conocer temas relativos a la validez del contrato mediante el cual se incorpore un acuerdo arbitral, más aún, las disposiciones de la nueva regulación alemana sobre arbitraje, son prácticamente idénticas a la ley modelo UNICTRAL (citada) sobre arbitraje internacional, las cuales aplican tanto a procedimientos de arbitraje de carácter nacional como internacional.

En conclusión, las instituciones arbitrales señaladas, deciden incorporar en sus reglamentos de arbitraje, dos estructuras básicas, por un lado la facultad del tribunal arbitral para decidir su propia competencia y/o jurisdicción, por lo menos de manera preliminar, y por el otro, el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de tal forma que si las disposiciones de un contrato en lo principal son declaradas nulas, ineficaces o de imposible ejecución, no por ello implica que el acuerdo arbitral deba seguir la misma suerte, ya que es independiente a dichas disposiciones; conclusiones que derivan del contenido de los reglamentos de las instituciones señaladas y que sistemáticamente reproducen dichos principios tal y como se aprecia a continuación:

Reglamento	Principio <i>compétence - compétence</i>	Principio Autonomía del acuerdo arbitral
La Cámara de Comercio Internacional. (ICC)*.	✓	✓
London Court of International Arbitration (LCIA)*	✓	✓
American Arbitration Association. (AAA)*	✓	✓
Las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL adoptadas el 28 de Abril de 1976*	✓	✓
La Ley Modelo de <i>UNCITRAL</i> sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada el 21 de Junio de 1985.*	✓	✓
The China International Economic and Trade Arbitration Commission*	✓	✓
German Institute of Arbitration*	✓	✓

* Los Reglamentos establecen que el tribunal arbitral, al menos, decidirá *preliminarmente* sobre aquellas cuestiones que involucren la nulidad o invalidez del acuerdo arbitral.

De igual forma es importante analizar si el principio *compétence-compétence* se encuentra incorporado en los reglamentos de arbitraje de las Instituciones administradoras en nuestro país, en específico me referiré a los siguientes dos Centros:

- a) Centro de Arbitraje de México; disponible en <http://www.camex.com.mx/reglasdelarbitraje.htm>, el día 26 de febrero de 2007.

b) Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México; disponible en <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/003-canacorgtoarb.htm>, el día 26 de febrero de 2007.

I. CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO:

El artículo 26 del Reglamento de dicho instituto (Declaratoria de la competencia del tribunal arbitral) señala que el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso de las objeciones respecto de la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje.

Asimismo el tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte un acuerdo de arbitraje. Para los efectos de este artículo, un acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no entrañará *ipso iure*, la invalidez del acuerdo de arbitraje.

La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser promovida por escrito, a más tardar en la contestación o, con respecto a una reconvencción, en la réplica a esa reconvencción.

En general, el tribunal arbitral deberá emitir un laudo preliminar sobre las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final.

II. CENTRO DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE COMERCIAL DE LA CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO DE LA CIUDAD DE MÉXICO:

Por su parte este reglamento establece en su artículo 11 (Autonomía del acuerdo de arbitraje) que la posible nulidad o inexistencia del contrato o convenio no implica la

incompetencia del Tribunal Arbitral si éste admite la validez del acuerdo de arbitraje. El Tribunal Arbitral continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o de nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones.

En complemento a lo anterior, el artículo 12 (Efectos del acuerdo de arbitraje) señala que cuando las partes pactan recurrir al arbitraje del CAM, se someten por ese solo hecho a las disposiciones de las presentes Reglas, si alguna de las partes se niega o se abstiene de participar en el procedimiento arbitral, éste se llevará a cabo a pesar de dicha negativa o abstención.

Si la Demandada no presenta una contestación en los términos del artículo 9 de dichas reglas o si alguna de las partes alega una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje, el Consejo General podrá decidir que el arbitraje debe proceder, siempre y cuando considere que, *prima facie*, existe un acuerdo arbitral que se refiere a las Reglas de Arbitraje del CAM. La decisión del Consejo General no prejuzga sobre la admisibilidad ni sobre el fundamento de estas excepciones, correspondiendo al Tribunal Arbitral decidir sobre su propia competencia.

Si la Demandada no presenta una contestación en los términos del artículo 9 de las presentes reglas o si alguna de las partes alega una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje y el Consejo General no considera que, *prima facie*, exista un acuerdo arbitral que se refiera a las Reglas de Arbitraje del CAM, el Secretario General notificará a las partes que el arbitraje no procede. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar a un juez competente que decida si existe un acuerdo de arbitraje que las vincule.

Básicamente, ambos institutos reproducen sistemáticamente el contenido, en lo general, de los principios *compétence-compétence* y autonomía del acuerdo arbitral, tal y como de nueva cuenta se sintetiza en la siguiente tabla:

Reglamento	Principio <i>compétence - compétence</i>	Principio Autonomía del acuerdo arbitral
Centro de Arbitraje de México.*	✓	✓
Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.*	✓	✓

*Los Reglamentos establecen que el tribunal arbitral, al menos, decidirá *preliminarmente* sobre aquellas cuestiones que involucren la nulidad o invalidez del acuerdo arbitral.

Llama la atención que estos principios constituyen los fundamentos de la competencia del tribunal arbitral, es decir el sistema arbitral parte de la base de que cualquier litigio que derive del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, ya sea en lo principal (fondo y forma de la *litis*) como en lo accesorio (competencia del tribunal arbitral) del proceso, deberá ser resuelto por dicho tribunal arbitral, lo cual es bastante razonable por que de lo que se trata es de la mínima intervención del sistema judicial, ya sea por la especialidad de la controversia, confidencialidad del proceso, capacidad de los árbitros, es decir por el simple hecho de que las partes decidieron someter sus desavenencias ante un grupo o un individuo que facultaron para tales efectos.

Por último, como más adelante se analizará, a mi parecer la interpretación de la Suprema Corte de Justicia tiene como efecto limitar los principios en comento, los cuales como se demostró anteriormente se encuentran incorporados en los Reglamentos de las Instituciones Arbitrales con mayor presencia internacional, incluso en las Instituciones locales, por lo que este criterio debe ser muy bien estudiado a fin de conocer sus reales efectos y alcances, ya que de lo contrario, prácticamente estaríamos hablando que las instituciones locales perderán significativamente (por decir lo menos) el terreno ganado en el ámbito del arbitraje comercial.

2.1 Definición y elementos del Acuerdo Arbitral.

CONCEPTO:

Por “Acuerdo Arbitral” se entiende, en términos del artículo 7 párrafo 1 de la Ley Modelo, como aquél por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no-contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

El Código de Comercio adopta la misma terminología en su artículo 1416 (I)³² al definir lo que es el acuerdo de arbitraje, especificando en el artículo 1423 que tal acuerdo deberá constar por escrito y consignarse en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímile u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo.

De hecho, los Tribunales mexicanos, en múltiples ejecutorias³³, ha reconocido la validez del acuerdo arbitral y concedido el reconocimiento y ejecución de los laudos que se dictan tanto en el territorio nacional, como en aquellos provenientes del extranjero³⁴.

³² Dicha disposición legal cita: “Acuerdo de arbitraje es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de acuerdo independiente”.

³³ Ver ejecutorias: (i) ARBITRAJE. DEBE CONSTAR DE MANERA EXPRESA E INDUBITABLE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CELEBRARLO, TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO., Amparo en revisión 442/2004. Conproca, S.A. de C.V. y otra. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo, (ii) REMISIÓN AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. LAS PARTES PUEDEN SOLICITARLA COMO EXCEPCIÓN, INCIDENTALMENTE AL CONTESTAR LA DEMANDA O CON POSTERIORIDAD HASTA ANTES DE PRONUNCIAR SENTENCIA QUE RESUELVA EL FONDO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO), TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo en revisión 14/2005. Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V. 19 de mayo de 2005. Unanimidad de votos, con voto aclaratorio del Magistrado Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo, (iii) REMISIÓN AL ARBITRAJE. MOMENTO PROCESAL EN QUE EL JUEZ DEBE PRONUNCIARSE, TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Amparo en revisión 14/2005. Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V. 19 de mayo de 2005. Unanimidad de votos, con voto aclaratorio del Magistrado Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo, entre otras.

³⁴ Siqueiros, José Luis, *El Alcance (Rationae Materiae y Ratione Personae) del Acuerdo de Arbitraje en Derecho Mexicano*, Anuario Mexicanos de Derecho Internacional –V- 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Primera Edición, México, 2005, pp.-578-579.

En otras palabras, mediante dicho acuerdo las partes convienen en resolver su diferendo sin acudir a los órganos judiciales y en acatar el laudo que emita el árbitro o árbitros que se designen al indicio del procedimiento³⁵.

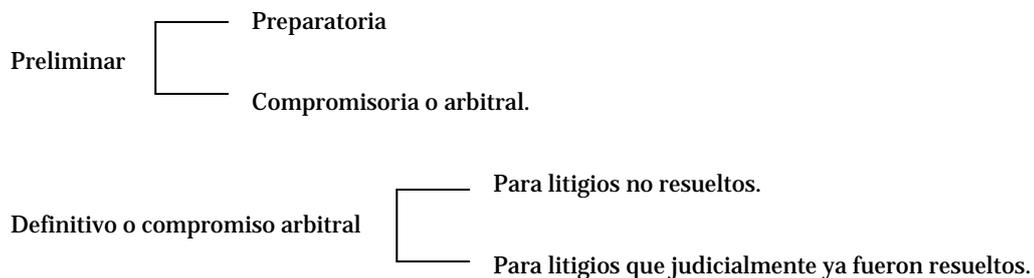
La Convención de las Naciones Unidas, firmada en Nueva York en 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, a la que México se adhirió (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Junio de 1971) contiene básicamente los mismos elementos de la Ley Modelo, en realidad esta última se inspiró en el Artículo II, fracciones 1 y 2 del instrumento universal, los cuales disponen:

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

En este sentido, el acuerdo arbitral no es un simple pacto de caballeros, sino toda una institución que produce efectos jurídicos reales y vinculantes.

Dentro de las clases de acuerdos arbitrales³⁶, se pueden señalar las siguientes:



1. Acuerdo preliminar y definitivo: Dentro del criterio que atiende al momento en que surge el litigio se alude, por un lado, al acuerdo preliminar y, por otro, al acuerdo

³⁵ *Ídem*, p. 581.

³⁶ Silva Silva Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, Oxford, Segunda Edición, México, 2001, pp.- 60-66.

definitivo, más conocido como compromiso arbitral, es decir lo preliminar es lo previo al surgimiento del litigio y no lo anterior al acuerdo definitivo.

La Convención de Nueva York citada, se refiere tanto al acuerdo previo como al definitivo cuando expresa su reconocimiento al acuerdo entre compromitentes que tienda a resolver las diferencias que hayan surgido o que puedan aparecer entre ellas.

2. Acuerdo definitivo o compromiso arbitral: El compromiso arbitral, que también se conoce como contrato de compromiso, supone la existencia del litigio, de uno presente y no futuro.

Así se tiene, por un lado, el caso en que el litigio no ha sido resuelto, lo que la doctrina jurídica define como compromiso arbitral; y por otro, el supuesto en que el litigio ya fue resuelto por sentencia judicial, respecto a la cual las partes no han quedado conformes, en esta hipótesis, se trata de una forma peculiar y muy a la mexicana, autóctona, que a decir de José Becerra Bautista³⁷, se opone a lo anterior, ya que considera que en ningún momento el legislador haya interpretado debidamente la doctrina sobre el arbitraje, pues si éste tiende a resolver una controversia, no se concibe cómo después de resuelta la controversia por sentencia irrevocable, sea jurídicamente posible llevar el asunto al conocimiento de árbitros.

No obstante a lo anterior, dicha distinción, hoy en día es académica, ya que en tiempos pasados la distinción era necesaria puesto que la cláusula arbitral era inválida en diferentes países, como resultado de la hostilidad contra el arbitraje, al momento de elaborarse la Convención de Nueva York, dicha hostilidad en contra de la cláusula arbitral quedó atrás en la mayoría de los países³⁸.

Por otro lado, **el principio de la autonomía de la voluntad de las partes**, se cristaliza a través del acuerdo arbitral, es decir, las partes deciden, por así considerarlo pertinente, someter sus diferencias a “Arbitraje”, pacto que la ley reconoce como válido y vinculante, incluso el objetivo que la ley persigue, es cuidar y hacer valer, dicho pacto a efecto de que el “Arbitraje”, constituya realmente un medio alternativo a la Justicia Local,

³⁷ *Ídem*, p. 64

³⁸ González de Cossío Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2004 pp.61-62.

ello en virtud de que las partes consideraron, que el negocio jurídico, en el plano de las controversias, sea decidido por uno o varios árbitros, en el ámbito de sus competencias.

En realidad, el artículo **1417 Fracciones I y II** del Código de Comercio contempla el principio en comento al establecerse que cuando una disposición del presente Título (i) deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañara la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte la decisión de que se trate, excepto en los casos previstos en el artículo 1445 y (ii) se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderá comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje a que dicho acuerdo, en su caso, remita.

ELEMENTOS DEL ACUERDO ARBITRAL:

Los elementos del acuerdo arbitral se dividen en requisitos de existencia y en requisitos de validez, los cuales se enlistan conforme a la siguiente tabla:

EXISTENCIA	VALIDEZ
Consentimiento.	Capacidad.
Objeto.	Ausencia de Vicios de Consentimiento.
	Forma.
	Causa.

Los *Elementos de Existencia* son aquellos sin los cuales el acto jurídico es inexistente, encontrándose dentro del marco jurídico los siguientes:

a) Consentimiento:

Tomando como base el contenido del artículo 1794 del Código Civil Federal, el consentimiento es el acuerdo de voluntades sobre la producción o transmisión de derechos y/u obligaciones.

Las formas de consentimiento aplicables a un acuerdo arbitral, se establecen en el artículo 1423 del Código de Comercio, el cual dispone:

“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de catas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, consistirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Debe hacerse una distinción. La determinación de si existe consentimiento es una cuestión de fondo, mientras que la determinación de si el consentimiento fue expresado de conformidad con los requisitos de validez es una cuestión de forma³⁹.

b) Objeto:

En el plano arbitral, el objeto representa la controversia que surja de una determinada relación jurídica. Para que un acuerdo arbitral sea válido, debe existir una relación jurídica definida entre las partes, es decir el acuerdo debe relacionarse con una relación jurídica específica que con frecuencia es un contrato.

Los *Elementos de Validez*, en términos del artículo 1795 del Código Civil Federal, consisten en que acto jurídico será válido si reúne los siguientes requisitos: (1) las partes que lo celebren deben contar con la capacidad de goce y ejercicio suficientes para realizarlo; (2) su voluntad no debe estar viciada; (3) el motivo que los lleva a contratar debe ser lícito; y (4) debe cumplirse con la forma requerida:

1) Capacidad:

La capacidad es la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer. Un acuerdo arbitral, puede ser invalidado en caso que las partes que los celebraron carezcan de las facultades necesarias para ello.

³⁹ *Ídem*, pp.64-65.

Por lo tanto, las personas físicas mayores de 18 años y que no cuenten con alguna incapacidad (no exista *capitis diminutio*) podrán celebrar el acuerdo arbitral.

En cambio, para personas morales privadas, la discusión sigue siendo controversial, no obstante a ello y al no ser materia del presente estudio, se adopta la postura más conservadora, la cual dispone que el apoderado legal debe contar con la facultad especial para “comprometer en árbitros”, que al otorgarse el poder general para pleitos y cobranzas, incluyendo las facultades especiales, se entenderá conferida dicha facultad por ese simple hecho.

2) Ausencia de Vicios de Consentimiento:

El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo o que el consentimiento sea ambiguo.

3) Forma:

La forma constituye el conjunto de requisitos que la expresión de la voluntad debe reunir en su manifestación exterior para que el derecho le de efectos jurídicos.

El acuerdo arbitral podría ser calificado como un acto formal, toda vez que debe constar por escrito y estar firmado por las partes que asumen la obligación de sujetar sus controversias a arbitraje.

4) Causa:

La causa es la finalidad que se pretende alcanzar mediante el contrato. La causa busca una finalidad comprensible: el derecho no puede darle efectos jurídicos a un acto cuya finalidad última es burlarlo u ofenderlo, es decir, cuando la finalidad de una obligación sea ilícita, el acto puede ser anulado aunque el mismo no se *per se* ilícito.

La causa ilícita en el contexto del arbitraje, puede generarse en los siguientes 3 casos⁴⁰:

⁴⁰ *Ídem*, pp.64-90.

(i) Ilícitos: Cuando en el procedimiento arbitral se descubren ilícitos.

(ii) Jurisdicción exclusiva: Existen ciertas legislaciones que imponen que sean ventiladas exclusivamente ante sus tribunales estatales.

(iii) Arbitrabilidad: La arbitrabilidad constituye un caso particular de la teoría de la causa aplicada al arbitraje, es decir que ciertos temas deben ser resueltos de manera exclusiva ante tribunales estatales.

Por otro lado, los *principios* más destacados que debe reunir todo convenio arbitral al momento de su formulación, son⁴¹:

- a) La voluntad concordada e inequívoca de las partes de someter el conflicto a arbitraje, con exclusión de los tribunales de justicia, mientras no se haya dictado el laudo.
- b) El otorgamiento a los árbitros de las facultades necesarias para que puedan pronunciarse en todas las cuestiones planteadas por las partes.
- c) Facilitar la aplicación de un procedimiento flexible que lleve aparejado un laudo ejecutorio, comprometiéndose las partes a cumplirlo.
- d) Huir de términos equívocos, vagos, genéricos e imprecisos. Se impone la claridad y concisión. Sin embargo, no se deberán omitir aquellas circunstancias exigidas por la ley y reconocidas por la propia jurisprudencia, dependiendo del tipo de arbitraje, nacionalidad de las partes, naturaleza del conflicto, lugar de celebración del procedimiento arbitral, etc.
- e) Una especial atención requerirá el idioma en el que se redacte, que deberá ser conocido por las partes.

Es oportuno recordar que México, como signatario ratificante del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) convino con Estados Unidos y Canadá en promover y facilitar el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias entre particulares en la zona de libre comercio.

A tal fin, dicho Tratado establece: *“Cada parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncian en esas controversias”*

⁴¹ Roca Aymar José Luis, *El Arbitraje en la Contratación Internacional*, ESIC Editorial e Instituto Español de Comercio, Madrid, España, 1994, pp.- 84 y 85.

En este sentido y siguiendo la prima constitucional establecida en el artículo 133 Constitucional, lo dispuesto por la Convención de Nueva York, así como lo señalado en el TLCAN, existe en nuestro derecho interno, la obligación de dar efectos a los acuerdos pactados entre particulares para resolver sus contiendas mercantiles.

Así lo estableció José Luis Siquieros, persona quien además concluye que el alcance del acuerdo arbitral en derecho mexicano, tanto en relación con la materia involucrada, como las partes que lo celebran, está acorde con los parámetros establecidos en las convenciones universales y regionales (Convención de Nueva York y TLCAN, entre otras), así como en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI⁴², esta última que junto con la Convención de Nueva York, las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL constituye un marco legal unificado para la justa y eficiente solución de controversias que nazcan de relaciones comerciales internacionales, como más adelante se detallará.

2.2 Definición y elementos de la Nulidad respecto al acuerdo arbitral.

La Nulidad opera cuando algunos de los elementos de existencia y/o de validez no fueron tomados en consideración al momento de la creación del acto jurídico correspondiente, en términos de la ley aplicable, por lo que en consecuencia se generarán dos tipos de Nulidades: La Nulidad Absoluta y la Nulidad Relativa.

Habrá Nulidad Absoluta, cuando el elemento omitido en el acto jurídico correspondiente, sea considerado como requisito de Existencia, es decir ante la falta de Consentimiento y Objeto.

Los efectos de la Nulidad Absoluta consisten en que el acto jurídico correspondiente no producirá efecto legal alguno, ello sin que se impida, como regla general, que dicho acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando el Juez pronuncia la Nulidad. Este tipo de Nulidad no puede ser convalidada, incluso si existe confirmación o prescripción.

⁴² *Op cit*, p. 32-33.

Por otro lado, existirá Nulidad Relativa, cuando el elemento faltante constituya un requisito de Validez, es decir al reunirse cualquiera de los siguientes factores: (i) Incapacidad legal de alguna de las partes, (ii) Vicios en el Consentimiento (error, dolo, violencia y mala fe), (iii) Causa Ilícita o (iv) porque los requisitos de forma no han sido satisfechos.

Los efectos de la Nulidad Relativa no son tan graves como los de la Nulidad Absoluta, por lo que siempre se permitirá que el acto jurídico produzca provisionalmente sus efectos, es decir, al presentarse los factores constitutivos de la Nulidad, la parte perjudicada tendrá la oportunidad de convalidar dichas deficiencias y en consecuencia restaurar los efectos legales correspondientes, incluso la acción para pedir dicha Nulidad puede prescribir.

En este sentido, un elemento importante en el Derecho Mexicano, es que el Código Civil Federal en su artículo 2226 establece que los efectos jurídicos del acto que sea calificado como Nulo de manera absoluta, continuará produciendo sus efectos hasta en tanto el Juez resuelva lo contrario, en cuyo caso, la sentencia tendrá efectos retroactivos, sin que dicha decisión perjudique los derechos de terceros.

La calificación de elemento importante citada, radica en que en materia de Nulidades es competente el Juez para conocer del caso, dicho de otra forma, es función del Juez dictar el derecho para determinar si el acto Jurídico es Nulo de manera absoluta o parcial.

Conforme a la Convención de Nueva York, (i) nulo, (ii) ineficaz o (iii) inaplicable significa:

El término **NULO**, utilizado en el artículo II (3) de la Convención de Nueva York, se refiere a circunstancias que, bajo el derecho aplicable al acuerdo arbitral, vicia la validez de origen del acuerdo arbitral.

La institución jurídica contemplada bajo la Convención de Nueva York recibe el mismo nombre bajo derecho mexicano: nulidad, en consecuencia, toda la teoría de las

nulidades es aplicable, y es compatible, al momento de analizar la validez del acuerdo arbitral tanto bajo la Convención de Nueva York como el Código de Comercio.

La **INEFICACIA** hace alusión a los casos en los que el acuerdo arbitral, aún existente y válido, ha cesado de tener efecto.

Es importante tomar en consideración, que la ineficacia se determina caso por caso, es decir no existe una lista que establezca cuales son los casos de manera limitativa, sino por el contrario, siempre que cese los efectos del acuerdo arbitral, se hablará de ineficacia, como ejemplo, que el acuerdo arbitral:

(i) Este sujeto a condiciones: Frecuentemente los acuerdos están condicionados al seguimiento de negociaciones, procedimientos ADR u otras medidas, por lo que el efecto de estas medidas implican que las partes deben agotarlas a fin de que el arbitraje proceda, por lo que el nacimiento del arbitraje dependerá del exacto cumplimiento de los pasos previos.

(ii) Haya sido revocado o modificado: Cuando las partes hayan revocado o modificado (expresa o tácitamente) el contenido del acuerdo arbitral, debiendo cumplir con los requisitos de forma correspondientes.

(iii) Que exista *res iudicata*: Es decir, el acuerdo arbitral resultará ineficaz cuando la *litis* haya sido resuelta por otro tribunal arbitral y/o estatal.

(iv) Inconsistencias: Como ejemplo al incorporarse dos sedes para el arbitraje, falta de certeza en el procedimiento arbitral.

Por último, por **INAPLICABLE O DE IMPOSIBLE EJECUCIÓN** se entiende como una causal fáctica, es decir aquellos casos en los que, aún y cuando el acuerdo arbitral es válido y obligatorio, existe una imposibilidad de hecho para cumplir con el mismo por razones prácticas necesarias, tales como que el acuerdo carece de claridad, no es inteligible o no puede ser cumplido, si el acuerdo arbitral es contradictorio en sus disposiciones de tal forma que vicie por completo o parcial el acuerdo arbitral, que

genere incertidumbre, es decir que se designe equívocamente la Institución Arbitral o existan disposiciones contrarias al reglamento del arbitraje pactado.

Sin lugar a dudas, la causa más clara para acreditar la INAPLICABILIDAD ó IMPOSIBLE EJECUCIÓN es cuando se redacta una Cláusula Patológica, es decir cuando exista un defecto que interrumpa la consecución del procedimiento arbitral, ejemplos: (i) que el arbitraje parezca opcional, (ii) institución arbitral incorrecta, (iii) defectos en el mecanismo de designación de árbitros, (iv) Que se hayan designado árbitros que hayan fallecido, (v) que imponga fechas límite imposibles de cumplir, (vi) Cláusulas Blanco, entendiéndose por estas cuando solamente se señala como solución de controversias “Arbitraje” sin ningún otro elemento que establezca su ámbito de aplicación.

En conclusión, tal y como se señalo en el apartado anterior, la teoría de las nulidades son aplicables al propio acuerdo arbitral, recordando que en términos del principio de autonomía del acuerdo arbitral, establece que la suerte del Contrato en lo principal no afecta las disposiciones del propio acuerdo arbitral, por lo que si se declara nulo, ineficaz y/o de ejecución imposible las disposiciones del Contrato en lo principal, ello no implica que sus efectos se extiendan *ipso facto* al propio acuerdo arbitral, ya que este último, es en el que deben concurrir dichas características.

2.3. Competencia del Juez.

La competencia del Juez en el arbitraje comercial se resume al punto de que solo puede conocer de la litis, única y exclusivamente en aquellos casos en que así la ley expresamente lo autorice, esto en términos de lo dispuesto por el artículo 1421 del Código de Comercio, el cual a la letra establece:

“Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial”

Lo anterior en concordancia con el argumento de que el arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias, es decir, un proceso especial de impartición de justicia privada que tiene por objeto, excluir de la competencia judicial aquellos asuntos

en los cuales las partes así lo hayan decidido. De igual manera, los artículos 1422, 1424, 1425, 1432, 1457, 1458, 1459, 1460, 1462⁴³, todos del Código de Comercio, de manera sistemática y complementaria unos de otros, establecen el grado de intervención del Juez en el arbitraje, disposiciones que al parecer del ponente, tienen como factor común, la mínima intervención del Juez, particularmente en aquellas cuestiones relativas al procedimiento del arbitraje, es decir, la competencia del Juez se amplía en el momento en que el Laudo del tribunal arbitral es materia de reconocimiento y ejecución en la plaza correspondiente y solo a cuestiones que no tengan por objeto y/o efecto el fondo del negocio decidido por el tribunal arbitral.

Ahora bien, vale la pena analizar las disposiciones del arbitraje contempladas en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, especialmente el contenido de los artículos 616, 620, 633, 634, 635 y 636⁴⁴, a fin de contar con un panorama más amplio de la competencia del Juez en el arbitraje.

⁴³ Art. 1422: Cuando se requiera la intervención judicial será competente para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.

Art. 1424: 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.

Art. 1425: Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.

Art. 1432: 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. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada con posterioridad si considera justificada la demora. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo.

Art. 1457: Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando.

I.- La parte que intente la acción pruebe que: **a)** Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana;

Artículo 1458: La petición de nulidad deberá formularse dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la fecha de la notificación del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo a los artículos 1450 y 1451 desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

Artículo 1459: El juez, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, por el plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de la nulidad.

Artículo 1460: El procedimiento de nulidad se sustanciará incidentalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La resolución no será objeto de recurso alguno.

⁴⁴ **Artículo 616.-** El compromiso designará el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Si falta el primer elemento, el compromiso es nulo de pleno derecho, sin necesidad de previa declaración judicial. Cuando no se hayan designado los árbitros, se entiende que se reservan hacerlo con intervención judicial, como se previene en los medios preparatorios.

Artículo 620.- El compromiso produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio en un tribunal ordinario.

Artículo 633.- Es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el árbitro; y para la ejecución de la sentencia y admisión de recursos, el juez designado en el compromiso, a falta de éste el que esté en turno.

Artículo 634.- Los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros.

Artículo 635.- La apelación sólo será admisible conforme a las leyes del derecho común. Contra las resoluciones del árbitro designado por el juez cabe el amparo de garantías, conforme a las leyes respectivas.

Prácticamente, dichos artículos siguen la misma línea: dejar en manos del árbitro cualquier cuestión que derive durante el procedimiento de arbitraje, establecen que el compromiso arbitral produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio a un tribunal ordinario, esto aunado a que el Juez es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el árbitro, por lo tanto el árbitro tiene competencia preferente para conocer cualquier cuestión que directa o indirectamente atañe al arbitraje, dispositivos legales que incorporan el principio *compétence-compétence* y los efectos negativos del compromiso arbitral, es decir la remisión de las partes al arbitraje.

Podríamos concluir preliminarmente que el compromiso arbitral genera la competencia del tribunal arbitral, es decir otorga competencia al árbitro para aquellos casos y/o negocios en que las partes decidan someterse a dicho medio alternativo, de tal forma que el Juez no podrá ejercer sus funciones en dichos casos y/o negocios, sino hasta después de la decisión del propio tribunal arbitral debido al control judicial que Ejerce el Estado sobre el Arbitraje.

Ahora bien, ¿Cuál es el alcance de la competencia del tribunal arbitral?, pues básicamente todas aquellas facultades inherentes que el Juez tiene a fin de desahogar el caso y/o negocio puesto a su consideración, ya que estrictamente la ley no enlista pero limita las mismas, por lo que se parte del entendido que el árbitro sustituye las funciones del Juez, dicho de otra forma, implica la transferencia de las atribuciones del Juez al árbitro, con la única peculiaridad que el árbitro no cuenta con el *imperium* para hacerlas valer sus decisiones de manera coactiva, ya que para que ello, se establece la cooperación judicial del Juez al árbitro, a fin de que lo auxilie para hacer valer sus determinaciones, de hecho esta situación se establece de manera muy clara en los artículos 634 del Código Civil del Distrito Federal y 1425 del Co.Co.).

A mayor detalle, dichas facultades se entienden implícitas en todo Tribunal de Justicia, por lo que no debe existir diferencia, en cuanto a su ejercicio, si es un Juez o árbitro, en este sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, establece que el árbitro no ejercerá autoridad pública, pero de acuerdo

Artículo 636.- El juez debe compeler a los árbitros a cumplir con sus obligaciones.

con las reglas y restricciones que fija el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, conocerán, según los términos de los compromisos respectivos, del negocio o negocios civiles que les encomienden los interesados. Para que resulten ejecutables sus fallos, éstos deben ser homologados por la autoridad civil correspondiente, sólo en relación con los requisitos inherentes a su formalidad.

Analizando la disposición legal citada en el párrafo anterior, se desprenden los siguientes elementos:

- 1) El árbitro conocerá de los negocios encomendados en términos del compromiso arbitral.
- 2) Competencia: Conforme a las reglas y restricciones en términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
- 3) El Juez no puede conocer del fondo del asunto.

Es por ello importantísimo, que el compromiso arbitral sea redactado de manera amplia, debiéndose incorporar los elementos principales y accesorios que pudieran derivar del negocio materia del arbitraje, a fin de que el árbitro cuente con facultades amplias para el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, el artículo 630 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, otorga competencia para conocer incidentes, sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio en lo principal, esta disposición podría ser aplicable a las excepciones de nulidad, ineficacia y/o ejecución imposible y en consecuencia ser competentes para decidir dichas cuestiones en arbitraje, haciendo hincapié de que al menos podrá conocer de manera preliminar y/o preferente al Juez.

2.3.1. Competencia Judicial Internacional.

En arbitrajes internacionales, son aplicables las reglas de conflicto de leyes en favor de las partes, con base a los puntos de conexión más favorables, ya sea en razón de su domicilio, lugar de situación, lugar de la transacción, lugar de litigio, entre otros⁴⁵, ello sin perjuicio de la sede pactada para el desahogo del arbitraje, en cuyo caso es

⁴⁵ K. Juenger Friedrich, *Derecho Internacional Privado y Justicia Material*, Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, México, 2006, p.-52.

competente el Juez del domicilio de la sede, sin embargo es posible, dada la internacionalidad del arbitraje, que sea considerado el juez de la sede como no conveniente para resolver las causales de nulidad, ineficacia o imposible ejecución, tal y como se señala más adelante.

Es por ello que uno de los temas más complejos para los abogados practicantes del derecho internacional privado, es sin duda el tema de conflicto de leyes, toda vez que constituye toda una odisea, conocer, de manera precisa, la ley aplicable a una situación jurídica en concreto, no obstante a ello, los métodos para la elección del derecho aplicable⁴⁶, son una herramienta fundamental para la solución de tales casos, citándose los siguientes:

- 1) La creación de normas que reglamenten directamente las transacciones multinacionales (enfoque de derecho sustantivo);
- 2) La determinación del alcance personal o territorial de las normas locales potencialmente aplicables (enfoque unilateralista);
- 3) La interposición de normas para la selección del derecho entre las transacciones multiestatales y los ordenamientos jurídicos (enfoque multilateralista);

Una vez que se haya identificado el método aplicable para la elección del derecho aplicable y este mismo, habrá que analizar en forma simultánea, la aceptación del derecho extranjero aplicable en el sistema legal de la contraparte, a fin de verificar que los efectos de las decisiones legales emitidas sean vinculantes en el país de la contraparte.

Por lo tanto, cuando la sede del arbitraje sea en México y a falta de disposición expresa sobre la ley que regule el acuerdo arbitral, la competencia del juez se regirá, en materia comercial, por el Código de Comercio, en cambio, cuando la sede del arbitraje sea en el extranjero o bien la ley elegida por las partes al acuerdo constituya derecho extranjero, la competencia del juez será acorde a dicho derecho extranjero.

⁴⁶ *Ídem*, p.-50.

Ejemplificando lo anterior, supongamos que existe un acuerdo arbitral calificado como Internacional, con sede en México, sin regulación expresa del derecho aplicable al acuerdo arbitral, en donde una de las partes es mexicana y la otra estadounidense, en una controversia comercial, en el caso en concreto, la parte estadounidense demanda la nulidad del acuerdo arbitral en términos del derecho estadounidense y de igual manera, la parte mexicana, a su vez demanda en México, dicha nulidad, ¿Qué Juez es el competente?, ¿Cuáles son los efectos de la decisión del Juez Estadounidense y/o del Mexicano en el país de la contraparte?, ¿Puede ser ejecutable en México una decisión de un Juez Estadounidense y viceversa?

A fin de resolver tales cuestiones, los métodos citados resultan de gran utilidad, ya que ayudan a establecer la ley idónea y aplicable, excluyendo en consecuencia, cualquier otra disposición legal, incluso extranjeras, ello con fundamento a los puntos de conexión señalados, cuidando en todo momento, especialmente en Estados Unidos el *forum shopping* y en la Unión Europea, el Reglamento de la Comunidad Europea 44/2001, la aplicación de posibles jurisdicciones exorbitantes en favor de los extranjeros, que tengan por efecto, aún pactado expresamente disposición en contrario, la competencia de jueces estadounidenses y europeos, ante tal circunstancia, es recomendable renunciar a la aplicación del *forum shopping* y de dicho Reglamento.

Asimismo, en México, el Código Federal de Procedimientos Civiles en sus artículos 566 y 567 adoptan el método con enfoque multilateralista, solamente que limita de alguna manera, a que dicha elección no implique, de hecho, impedimento o denegación de justicia o bien al momento de elegirse el derecho, opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas, mismos que se transcriben a continuación:

ARTICULO 566.- También será reconocida la competencia asumida por un órgano jurisdiccional extranjero designado por convenio de las partes antes del juicio, si dadas las circunstancias y relaciones de las mismas, dicha elección no implica de hecho impedimento o denegación de acceso a la justicia.

ARTICULO 567.- No se considerará válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas.

Todo lo anterior tiene relación con el arbitraje, debido al control judicial a que esta sujeto, subordinación que ha sido generalmente aceptado, aunque de manera regulada y restrictiva, en la mayoría de los países del orbe; motivo por el cual, es importante establecer en el acuerdo arbitral, el derecho aplicable, ya que tomando en cuenta la autonomía de dicho acuerdo, cualquier cuestión que directa o indirectamente derive del mismo, las partes deben prever, a través de una disposición legal en concreto, el Juez competente en materia del acuerdo arbitral.

Ahora bien, en particular, este apartado tiene relación con la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que la Contradicción de Tesis materia del análisis, tiene como efecto que el Juez Mexicano sea competente, excluyendo al árbitro, en los casos de nulidad, ineficacia o ejecución imposible del acuerdo arbitral, en consecuencia, tratándose de arbitrajes internacionales con sede en México, la parte mexicana o extranjera, atendiendo a la conveniencia y mejor justicia, buscarán, quien tenga el derecho para así solicitarlo, la intervención de jueces extranjeros con competencia exorbitante, en virtud de que el Estado sede, tiene como criterio vinculatorio, en los casos señalados, que el Juez tenga competencia preferente y excluyente sobre el árbitro, por lo tanto, se abre una puerta para que las partes litigantes, soliciten dicha nulidad, ineficacia o ejecución imposible, al Juez de su conveniencia, sirve para ejemplificar lo anterior, el siguiente caso⁴⁷:

Case 689: MAL 8 (1)

Hong Kong: Supreme Court of Hong Kong, High Court (Yam D. J.) Greenwood Ltd. v. Pearl River Container Transportation Ltd. and other 28 January 1994 Original in English Published in [1994] 1HKC 585 Abstract prepared by Ben Beaumont [keywords: *arbitration clause; court; jurisdiction*]

The decision deals with the first defendant's application for a stay of action. The plaintiff sued the defendants for breach of a charter-party agreement, though the agreement contained an arbitration clause for arbitration in London or Beijing. The first defendant was incorporated in the People's Republic of China (the PRC) and had also been registered in Hong Kong as an overseas company. The second defendant was incorporated in the PRC. The first defendant argued that Hong Kong was a *forum non-conveniens*, as the subject-matter of the dispute was more closely connected with the PRC. It argued as well that it was not a party to the charter-party agreement, because the second defendant had entered into the agreement on its behalf without any authorization. ***The court held that Hong Kong was not a forum non-conveniens. The court noted that the first defendant had sufficient links to Hong Kong, as it was actively trading in Hong Kong and had an office there.*** Thus, the court dismissed the application for a stay.

⁴⁷ Disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/822/26/PDF/V0782226.pdf?OpenElement> el día 25 de Julio de 2008.

2.3.2. Right to Judge. (Derecho para acceder al Juez).

El derecho que tiene todo gobernado (nacional y/o extranjero) en territorio nacional, se encuentra consignado en el artículo 17 Constitucional, el cual dispone:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronto, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales

Las leyes federales y local establecerán los medios necesarios par que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”

En este sentido, el Estado garantiza la administración de justicia a los gobernados, a fin de que resuelvan conflictos ante dichas instancias, constituyendo así una garantía individual y por lo tanto un derecho exigible al Estado.

No obstante a ello, y dada la especialidad del derecho mercantil (o derecho comercial), que por definición consiste en el conjunto de normas relativas a los comerciantes en el ejercicio de su profesión, a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de estos⁴⁸.

A mayor detalle, existen cinco características básicas del derecho mercantil que son⁴⁹:

- Es un *derecho profesional*, creado y desarrollado para resolver los conflictos y la actividad propia de los empresarios.
- Es un *derecho individualista*; al ser una parte del derecho privado que regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.
- Es un *derecho consuetudinario* ya que a pesar de estar codificado se basa en la tradición, en la costumbre de los comerciantes.

⁴⁸ Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_mercantil el día 07 de abril de 2007.

⁴⁹ Ídem web side.

- Es un *derecho progresivo*. Al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.
- Es un *derecho global/internacionalizado*; las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que hacerlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional. Así tenemos a UNCITRAL de las Naciones Unidas, UNIDROT, a la Cámara de Comercio Internacional de París que desarrolla los Incoterm (cláusulas que con carácter internacional se aplican a las transacciones internacionales), la Asociación Legal Internacional y el Comité Marítimo Internacional.

Adicionalmente, las fuentes del derecho mercantil podríamos decir que son tres, (i) La legislación propia (especial: Ley General de Sociedades Mercantiles, general: Código de Comercio), (ii) Ley Civil (Supletoria), (iii) los usos y costumbres mercantiles y (iv) principios generales de derecho.

Una vez determinada la especialidad del derecho mercantil y sobretodo aplicada esta en el arbitraje, las partes pueden decidir, como ha quedado asentado en apartados anteriores, optar por el arbitraje o por el Juez competente, ya que el artículo 17 Constitucional no representa una obligación para las partes de comparecer ante el juez para que las decisiones del árbitro sean definitivas, sino todo lo contrario, es una garantía en favor del gobernado, a fin de que le administren justicia, en aquellos casos en que decida someterse a la jurisdicción y competencia de los Jueces, situación distinta cuando por voluntad de ellas, deciden sujetarse al arbitraje, lo cual tiene por efecto la exclusión del Juez, pacto que el Estado tiene la obligación de respetar, por tratarse de cuestiones comerciales, en donde como se explico anteriormente, el derecho de la autodeterminación de los comerciantes es el EJE CENTRAL en sus transacciones.

De hecho esta corriente, se ve manifestada claramente en los artículos 1421 y 1422 del Código de Comercio, los cuales disponen que salvo pacto en contrario, los asuntos que se rijan por arbitraje, no requerirá intervención judicial, pero de requerirse la misma (esto a manera de excepción y debidamente restringida a ciertos casos, todos bajo la luz del principio pro-arbitraje) será competente el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje.

De esta manera, el gobernado tiene acceso a que el Estado le administre justicia, pero ello no implica, en los casos de arbitraje, que el gobernado, tenga que sujetarse forzosamente a la administración de justicia estatal y en consecuencia se libere de la obligación de sujetarse al arbitraje, ya que las partes deciden, de manera voluntaria, regir sus diferencias mediante este medio alternativo de solución de controversias, a través del acuerdo arbitral, en donde el papel del Estado, por disposición legal (artículo 1424 del Coco) se obliga a respetar dicho acuerdo (no intervención) y por tanto remitir a las partes al arbitraje, a fin de hacer valer su voluntad, lo cual representa el icono del derecho mercantil.

2.3.3 Soberanía del Estado y Arbitraje.

A pesar de que en el mundo legal se encuentran plenamente establecidos los elementos y restricciones a cargo del Estado a fin de hacer valer el arbitraje pactado por las partes, en el presente apartado se analizará brevemente, el poder de hecho del Estado.

Ante tal escenario, se expondrá los argumentos sustanciales sostenidos por el entonces Presidente del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, el Sr. Fali S. Nariman⁵⁰ en la conferencia que sostuvo el día 10 de Junio de 1998 ante Naciones Unidas con motivo a la celebración del 40º aniversario de la Convención de Nueva York de 1958, a fin de contar con un panorama de hecho y no de jure, de un experto en materia de arbitraje comercial internacional y contar con una visión más global de lo que en la realidad acontece.

Comienza el expositor por citar, a fin de ejemplificar la situación de hecho que vive el arbitraje en relación con el tema de la soberanía del Estado, una historia conocida acerca de un niño que le pidieron en la escuela escribir acerca de todo lo que conociera de Sócrates y esto fue lo que escribió: “Sócrates fue Griego”, la pregunta ahora es, en los años próximos, la Convención tiene la esperanza de poder lograr una mejor globalización de conceptos y aproximaciones?, la respuesta es: “la Convención fue redactada en un mundo imperfecto, en un mundo imperfecto de Estados Soberanos”, en

⁵⁰ Enforcing Arbitration Awards Under the New York Convention, *Experience and Prospects*, United Nations, New York, 1999, pp.-11-14.

consecuencia no se puede esperar mucho, humildemente se puede decir que la Convención “es un instrumento mundial para la simple ejecución de laudos arbitrales: y eso es todo”.

Pone como ejemplo de lo anterior el siguiente caso:

Recuerda la sugerencia, justamente en otro aniversario anterior de la Convención, en Londres, luchando contra los molinos de viento de la soberanía nacional, aquella consistente en la creación de una nueva corte internacional con sede en las cortes locales a fin de resolver controversias relativas al arbitraje comercial internacional, ante dicha propuesta quede sumamente impactado del “sueño” del Juez Holtzman y Schwebel.

No obstante la sugerencia citada, un evento reciente me hizo llegar a la conclusión de que nos puede dejar peor de lo que hoy en día estamos.

El caso consiste en otra Convención de Naciones Unidas, la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, de igual manera, un instrumento internacional multilateral, con más Estados adheridos que la propia Convención de Nueva York de 1958, incluso con un Protocolo opcional que establece que cualquier disputa que derive de dicha Convención, será competente para conocer del caso, la Corte Internacional de Justicia.

Estados Unidos de América y la República de Paraguay son partes de la Convención y del Protocolo. Hace algunos años, el ciudadano paraguayo Angel Francisco Breard, fue arrestado, procesado, juzgado y sentenciado a pena de muerte en la Corte del Estado de Virginia, Estados Unidos de América.

Ni en el momento de su arresto o durante su proceso, fue informado por las autoridades que lo detuvieron del derecho a recibir asistencia consular (un requerimiento obligatorio del artículo 36 de la Convención de Viena). En tal virtud, Paraguay interpuso una demanda ante el Distrito Federal de la Corte de Virginia, argumentando la legalidad de la acusación y sentencia: parece ser que Breard no fue informado de su derecho de consultar al representante consular de Paraguay en los Estados Unidos de América y habiéndose declarado culpable del asesinato del cual fue acusado en razón de creer

obtener una sentencia menor que prisión de por vida: una creencia bajo la ley penal y practica en su Estado de origen, Paraguay.

La Corte Federal rechazó la demanda bajo el argumento de falta de competencia para revisar procedimientos penales en las Cortes de los Estados Unidos de América. Paraguay apelo y en Gobierno de los Estados Unidos de América ya intervino bajo una simple pregunta: las Cortes de los Estados Unidos de América no tienen autoridad para conocer argumentos que tengan por objeto la violación de Convenciones Internacionales, ello puede ser únicamente conocido, en su todo, por la Corte Internacional de Justicia, mientras tanto la fecha de ejecución de Breard había sido programada por el Gobernador del Estado de Virginia para el 14 de Abril de 1998.

Entonces, el 03 de Abril de 1998, Paraguay interpuso ante la Corte Internacional de Justicia, demanda a los Estados Unidos de América, la violación de la Convención en comento en relación al caso de Angel Breard, asimismo solicito medidas provisionales a fin de suspender la ejecución de la sentencia de muerte.

En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia, el día 09 de Abril de 1998 ordena a los Estados Unidos de América, por decisión unánime de los 15 jueces integrantes de la Corte, tomar todas las medidas a su discreción a fin de asegurar que Breard no fuera ejecutado y además debería informar a la Corte todas las medidas por medios de las cuales hayan sido tomadas para la implementación de dicha orden.

Una orden ejecutiva (*writ*) fue solicitada por Paraguay a la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, a fin de ejecutar la orden de la Corte Internacional de Justicia a fin de suspender la ejecución de la sentencia de muerte. Pero la petición fue denegada, por mayoría de votos (6:3), argumentado la Corte la falta de “ley” que obligue a esta ejecutar la orden de la Corte Internacional de Justicia y agregan:

“If the Governor (i.e. the Governor of the State of Virginia) wishes to wait for the decision of the ICJ that is his prerogative. But nothing our existing case law allows us to make that choice for him”.

Breard fue ejecutado de manera inmediata a las 9:00 de la noche del día originalmente programado – 14 de Abril de 1998. El caso ante la Corte Internacional de Justicia se ha convertido en dudoso.

El reconocido Juez Holmes alguna vez comentó la profecía de “lo que las Cortes hagan, de hecho y nada más pretensioso es lo que yo entiendo de la Ley”. Lo que la Corte de mayor jerarquía en el mundo ha hecho, y lo que la Corte de mayor jerarquía a dicho, en el caso de Angel Breard, firmamente se establece lo siguiente:

Primero: Mientras continúe la existencia de la noción de la soberanía estatal, las decisiones en relación a cualquier controversia internacional o transnacional podrá únicamente ser ejecutada a través de la soberanía de las cortes nacionales, y no de otro modo, hecho consignado de manera cuidadosa en los proyectos de las disposiciones de la Convención.

Segundo: Aún con una decisión unánime emitida por parte de una corte internacional en una controversia sostenida por dos Estados Soberanos, en ejercicio de la jurisdicción creada por voluntad de las partes, no cuenta con mayor validez o fuerza que una simple nota diplomática, las naciones soberanas continúan siendo real y verdaderamente soberanas. Cualquier orden de una autoridad extra-nacional, es simplemente inejecutable si el Gobierno del Estado decide no dar cumplimiento. Por lo tanto la soberanía nacional es el código genético de cualquier Estado, no solo en los Estados Unidos de América.

En este sentido, el problema en relación a la eficiencia de una Corte Internacional o transnacional es que estamos en presencia de una criatura independiente, absolutamente Estados Soberanos; y Estados Soberanos Independientes que actúan muy frecuentemente como bolas de billar las cuales tienen que chocar, no cooperar, es decir es una especie de herencia genética con desempeño vulnerable por los cromosomas del Estado Soberano.

De igual forma, no se puede ignorar la herencia genética de la soberanía de las cortes, que sin la ayuda y asistencia de las cortes locales, los laudos comerciales internacionales no pueden ser ejecutados de manera efectiva, situación que no ha cambiado mucho

desde la entrada en vigor de la Convención hace más de cuarenta años, lo que se requiere es lograr una mayor globalización de la Convención, fortaleciendo el apoyo del sistema – por ejemplo, por la expansión amplia de las ventajas de la Ley Modelo de UNCITRAL, hasta entonces, conformarnos con el sistema que cada régimen legal, los cuales otorgan el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros -, y en raras ocasiones, la sorpresa de nosotros cuando no lo hagan.

Es interesantísima la argumentación sostenida por el Sr. S. Nariman, ya que esa genética de soberanía y de no ver qué pasa en el mundo, por no ser su obligación legal, al parecer del ponente, se vió reflejada en la decisión de la SCJN, ya que deja aun lado los efectos prácticos y la costumbre (usos mercantiles) al decidir dar competencia exclusiva a los Jueces cuando se les pida conocer de un asunto de nulidad, ineficacia y/o imposible ejecución del acuerdo arbitral, eliminando el principio *compétence-compétence*, y afectado seriamente el principio de autonomía de la voluntad de las partes, ya que la obligación del Juez de remitir a las partes, cuando cualquiera de estas así lo requiera, pues simplemente queda sin efecto, lo cual al final de cuentas desquebraja el sistema arbitral, por darle intervención (no a manera de excepción) sino en todos los casos que así lo soliciten.

Más adelante se analizará si la decisión de la SCJN es suficientemente sólida a la luz de un arbitraje internacional e incluso a nivel nacional (pero con mayores tabúes), en donde una de las partes demande la nulidad del acuerdo arbitral ante un Juez local y su contraparte, en aplicación del derecho internacional, solicite al panel arbitral a su vez asuma competencia, llegando al absurdo, tal vez de contar con decisiones posiblemente contradictorias y de no ser así, del temor del extranjero de no volver a utilizar la sede en México, representando esto un grave retroceso del Arbitraje en México, de por sí limitadamente utilizado.

Capítulo III. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA SCJN

3.1 Análisis e interpretación al Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo 133 Constitucional ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como aquella disposición mediante la cual se establece la jerarquía de las normas integrantes del sistema legal mexicano, criterio que ha sido recientemente discutido de nueva cuenta por los Ministros integrantes de dicho Órgano Colegiado, argumentando la debida falta de fundamentación legal a la luz de la propia Constitución General, más no suficiente para desvirtuar la interpretación de que los Tratados Internacionales son superiormente jerárquicos respecto de legislación federal o de leyes que emanen directamente de artículos constitucionales o bien de la legislación estatal o municipal respectivamente.

El artículo 133 Constitucional establece a la letra:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó mediante la tesis P.LXXVII/99, la jerarquía de los Tratados internacionales dentro del régimen legal mexicano, tal y como se describe a continuación:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “...serán la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los

tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional.

No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 Constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los Tratados Internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.

Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

No se pierde de vista que en su anterior conformación, el Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”; sin embargo, el Tribunal Pleno considero oportuno abandonar tal criterio y asumir el que determina como superior los tratados incluso frente al derecho federal⁵¹.

Ahora bien y continuando con la discusión de la Jerarquía de los Tratados, en fechas recientes, específicamente en el mes de Febrero del año 2007, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de nueva cuenta, vuelve a discutir la jerarquía de los

⁵¹ Bolaños Linares Rigel, *Contratación Internacional*, Editorial Porrúa, México 2004, p.-6-7.

Tratados Internacionales sobre las leyes federales y locales, debido a que un grupo de quejosos reclaman en sus amparos, en términos generales, que tanto el Presidente como el Secretario de Economía mediante un Decreto y un Acuerdo respectivamente, se van más allá o se pretenden ir más allá de lo preceptuado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, toda vez que en dicho Decreto y Acuerdo respectivamente, determinan aumentar el valor de ciertas fracciones arancelarias, cuando el Tratado justamente establece lo contrario, es decir el Estado Mexicano se obliga a una desgravación arancelaria total, en un determinado periodo de tiempo, contraviniendo en consecuencia dicho Decreto y Acuerdo al objetivo principal del TLCAN.

En este sentido, los Ministros abordan el tema de la Jerarquía de los Tratados Internacionales ahora bajo una perspectiva más internacionalista y sobre un caso en concreto (que al menos toman como referencia) el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, lo cual da como resultado una argumentación más congruente y sistemática, tomándose en consideración, dentro de la discusión, las disposiciones relativas a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y otras argumentaciones que a continuación se sintetizan para un mejor análisis⁵²:

“SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE: Se abre la sesión.....limitaría su ejercicio jurisdiccional al Tema de la llamada Posición Jerárquica de los Tratados Internacionales dentro del orden jurídico nacional”

“SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO: ...es conocido de todos nosotros, que hoy por hoy, en el mundo globalizado que vivimos, en el mundo mundializado que vivimos, en donde todos estamos más cerca, incluidas nuestras normas, la colaboración y la solidaridad internacional, se hacen cada vez más necesarias para permitir en general, la convivencia y en particular, el tráfico mercantil, que es el tema común de todos los asuntos que están a nuestra consideración, esto es, tratados en esa materia.....pues bien, para permitir esa convivencia y ese tráfico, se han suscrito a la vez tratados internacionales por la mayoría de los Estados, casi todos diría yo, y aquí sí no solamente del mundo occidental, sino algunos países orientales también, en la misma forma, y esto se ha establecido un principio importantísimo, que reza: que los tratados internacionales deberán interpretarse conforme a las normas de esos tratados internacionales, por decirlo mal y rápido conforme a todos los principios del ius cogens y no conforme a las legislaciones internas de los países, constituciones incluidas y los países se obligan a modificar su legislación interna para que se consonante a esos tratados internacionales que versan sobre estos temas genéricos de ius cogens”.

⁵² Versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el Lunes 12 de Febrero de 2007 y continuación de la misma seguida el día Martes 13 de Febrero de 2007.

“SEÑOR MINISTRO COSSÌO DÍAZ: ...Me parece muy complicado también, sobre todo porque es una categoría de muy difícil concepción, invocar al *ius cogens* como un elemento para determinar la jerarquía al interior de los órdenes jurídicos nacionales. El *ius cogens*, hasta donde yo lo entiendo, lo que determina son ciertos elementos materiales respecto de los órdenes jurídicos tales como tortura, tales como el genocidio, pero me parece también sumamente difícil, invocar el *ius cogens* en ese sentido. Adicionalmente a esto, decir que son los temas de las relaciones internacionales las que no impone la jerarquía, a mí éste sí me parece el argumento más peligroso de todos y por una razón, las razones que se han dado que son relativas al tráfico mercantil, pues básicamente tienen si le queremos poner historicidad, pues están construidas a partir de los que se ha denominado el Consenso de Washington, es decir, me parece que es una posición construida, que en esas condiciones, por Banco Mundial, por Fondo Monetario Internacional, para efecto de establecer que las transacciones comerciales en el mundo deben realizarse en tales o cuales condiciones. Tomar el Consenso de Washington como la media de lo que acontece en el mundo y desde ahí establecer las condiciones de aplicación del derecho, no sólo me parece que no tiene ningún fundamento jurídico, sino me parece francamente inadecuado. Creo que el tema de la globalidad, creo que la forma como cada uno de los estados nacionales se presenta en la globalidad y en el mundo, es una decisión interna y no puede construirse algo tan complejo como el sistema o la jerarquía del sistema de fuentes en un orden jurídico”.

SEÑOR MINISTRO AZUELA GÜITRON:yo creo que aquí estamos ante un problema que desde el ángulo de nuestra Constitución exclusivamente, nos coloca ante situaciones conflictivas, cuando el Estado mexicano ha celebrado un tratado internacional, y después, de esto nos venimos a enterar, cuando un particular trata de demostrar que ese tratado tiene preeminencia frente a la ley federal o a la ley local, en que se reconoció un principio opuesto al aceptado internacionalmente por el Estado mexicano, al comprometerse en un tratado.....

...de acuerdo con nuestro orden nacional, qué papel tienen los tratados, y ahí es donde aparece el artículo 133, que nacionaliza, porque hace formar parte de nuestro sistema jurídico, los tratados internacionales, y basta leerlo:De manera tal, que el tratado sobre tratados, la Convención de Viena, ya forma parte de nuestro derecho nacional, porque de otra manera, pues el 133, ya no sería derecho nacional en la parte en que añade al orden jurídico nacional, los tratados celebrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado...

Tenemos que ser conscientes de que ha habido una evolución y esa evolución se ha dado en el derecho internacional. Probablemente en mil novecientos diecisiete pues ni siquiera se le llegaba a plantear el problema. Debo confesar, de mil novecientos cincuenta y cuatro a mil novecientos cincuenta y nueve en que estudié la carrera de Derecho, todavía era muy normal decir, sobre todo cuando no queríamos estudiar bien el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado; ¿qué es el Derecho Internacional Público?, lo que decide el Estado más poderoso del mundo; sí, pero eso ya pasó a la historia, ya todo el desarrollo del Derecho Internacional con compromisos de todas las naciones del mundo, ha ido adueñándose de la situación y eso lo tenemos que tener en cuenta; que algunas naciones como Costa Rica, ya hayan llevado a texto expreso de su Constitución estas reglas, bueno, es cierto; que nosotros no lo hayamos hecho de manera expresa, ¿eso impide que lo veamos de manera implícita, de manera tácita, derivado de ese análisis científico en que traemos de desentrañar cual sería la voluntad del Legislador del

Constituyente de 1917, proyectada a noventa años después?; a noventa años después debemos estar a la letra de la Constitución o podemos aprovechar todo lo que se ha hecho; y aquí es donde viene la conexión del Tratado sobre Tratados, de la Convención de Viena; que fue una vacilada-perdón de la expresión-, que México firmara ese Tratado, ah, porque en relación con estos preceptos, mientras yo no lo diga en mi Constitución, no me valen absolutamente nada; pues, si ya dije en el 133, que eso forma parte de mi derecho nacional, y si forma parte de mi derecho nacional, me es valedero aprovecharlo para interpretar a que debo dar primacía, que debo considerar de una jerarquía superior cuando hay ese conflicto entre una Tratado y una Ley Federal o una ley local; también estoy de acuerdo en sentido estricto, cuando se celebra un Tratado sobre cualquier materia, deber trata, aun por seguridad jurídica, de llevarse a la legislación correspondiente lo que se acordó internacionalmente, pero cuando eso no se hizo, debemos decir: pues mientras no se haga la reforma en la ley y se introduzca aquello que fue un compromiso internacional, ese compromiso no vale para nada”

...estamos ante un compromiso del Estado mexicano, por respetar las disposiciones de esa Convención....pues prácticamente yo diría, se incorporaron a nuestro Derecho nacional esas reglas; y entonces, estaríamos desconociendo lo que según el artículo 133, esta incorporado a nuestro Derecho, porque se trato de un Tratado que celebró el presidente de la República, con aprobación del Senado de la República y que dentro de nuestro régimen jurídico, tiene que tener la importancia requerida....

Resulta muy raro que un Estado, establezca compromisos internacionales, que según su propia Constitución, forman parte del derecho nacional y finalmente no los respete y simplemente diga: pues reclámenme internacionalmente y entonces, los gobernados a los que esta dirigido el orden jurídico nacional y los tratados en razón de que el 133 los considera precisamente que forman parte del derecho nacional, no les crean derechos a su favor y cuando esos tratado están suponiendo que se les crearon derecho, eso no tiene su lugar dentro del sistema mexicano

SEÑOR MINISTRO GUDIÑO PELAYO: ...no estamos hablando de jerarquía, estamos hablando de primacías...

...es atenderse a la materialidad del tratado, a lo que se dispone, esta es la postura a la que me inscribo.....

SEÑOR MINISTRO GONGORA PIMENTEL: ...Ya hemos tenido por ahí algún caso de Ley de Impuesto Sobre la Renta, en donde se eximía del pago del Impuesto Sobre la Renta, a organizaciones bancarias extranjera, pero luego vino, una disposición en la Ley del Impuesto Sobre la Renta diciendo, que las exenciones quedaban suprimidas; esto violaba la anterior disposición. Esto produjo en las organizaciones bancarias extranjeras una interrogante, si tenemos un Acuerdo que tiene rango de Tratado con México; como es posible, que una ley, la Ley del Impuesto Sobre la Renta, acabe con todas las exenciones...

SEÑORA MINISTRA LUNA RAMOS:...si se le da el carácter de ley, en un momento dado, tiene la posibilidad de que se determine si se trata de disposiciones de carácter auto aplicativo, heteroaplicativo, como cualquier otra ley que se encuentra dentro de nuestro Derecho interno....

SEÑOR MINISTRO VALLS HERNANDEZ: En estos catorce asuntos que estamos empezando a ver, se trata de determinar cuál es la supra ordenación de los tratados internaciones....resulta de gran importancia y que no hay que perder de vista, que en todos estos asuntos nos encontramos ante un Tratado, el de Libre Comercio, que tiene por objeto, de conformidad por lo dispuesto por el 102 del mismo, en términos generales lo siguiente: “eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los territorios de las partes, promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio, aumentar sustancialmente ante las oportunidades de inversión en los territorios de las partes, proteger y hacer vales de manera adecuada y efectiva los derechos de propiedad intelectual en cada una de las partes, crea procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del tratado, para su administración conjunta y para la soluciones de controversias, establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios del tratado...

Como se observa, El Tratado de Libre Comercio tiene como principal objetivo eliminar los obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las partes, a través de desgravaciones paulatinas de los productos que comprende. De lo anterior, podemos llegar a la conclusión de que el Tratado de Libre Comercio es Ley Suprema, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 133 constitucional; además, además, que por su especialidad, su especificidad, se convierte en una norma de carácter especial, espacialísima, en materia de relaciones comerciales con los países signantes. Esto es, podemos considerar que los tratados, así como las leyes federales y las locales, tienen un ámbito de aplicación determinado, pero no subordinación entre ellas, como decía la ministra Luna Ramos.

SEÑOR MINISTRO SILVA MEZA: ...Esto es, se ha detonado precisamente este análisis en función de esta impugnación en estos grupos de amparo respecto de, en dos ordenamientos de diferente naturaleza y por ende, se dice de diferente jerarquía, que es el alegato inclusive de las partes quejas, cuando lo hacen en relación concreta del artículo 133 constitucional; en tanto que se dice que, mediante un Decreto y un Acuerdo, el presidente de la República, el Secretario de Economía, respectivamente, se va más allá o se pretende ir más allá de lo preceptuado en un Tratado, concretamente del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Se dice, aquellos ordenamientos, los primeros señalados, son de inferior categoría, ellos están planteado ya ahí una jerarquización normativa que es lo que genera inclusive la discusión.

SEÑOR MINISTRO AGUIRRE ANGUIANO:Alcance de la presente Convención, la presente Convención, se aplica a los tratados entre Estados; se entiende por tratado un acuerdo internacional, celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional y aquí quiero estacionarme, qué es lo que hemos estado haciendo, traer principios generales de nuestro derecho interno para tratar de solventar una tesis que interprete los tratados internacionales. Así lo que vamos a hacer se los garantizo, es salir con una interpretación derogatoria, o cuando menos abrogatoria de la Convención de Viena y por tanto, los principios de derecho internacional que nos rigen, porque no se nos olvide que es derecho interno desde el momento y hora en que firmó México La Convención de Viena y la agregó a su derecho interno...

SEÑOR MINISTRO COSSÍO DÍAZ: ...Me parece que estábamos buscando definir la jerarquía de los tratados internacionales, y lo que estamos haciendo ahora, es generar un nuevo orden jurídico;

.....lo que estamos generando es un nuevo orden jurídico de jerarquía superior a la Federación, a los Estados, al Distrito Federal, ya a los Municipios; sí lo quieren ver en términos, simplemente de una expresión gráfica, primero está la Constitución, abajo estaría un orden nacional, que es como se le ha denominado, luego el federal, luego el estatal, el del distrito y abajo un orden municipal; entonces, no es cualquier cosa generar esta tesis....

SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE:Todos estos asuntos tienen como característica principal, que en ellos la parte quejosa, aduce como argumento de defensa, que los tratados internacionales que en cada uno de estos expedientes se invocan, son de jerarquía normativa superior a leyes expedidas por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 131 de la Constitución en materia económica, porque el contenido de estas leyes, no atiende o va más allá de lo que contiene el tratado internacional, es importante destacar que en ninguno de estos casosse están impugnando la inconstitucionalidad del tratado, al contrario, el tratado se da por bueno, y se dice: la ley que me han aplicado al cobrarme derechos arancelarios por introducir mercancías al país esta en pugna con el tratado.

En todos los casos la parte quejosa sostiene que este desacuerdo de la ley con el tratado, importa un vicio de inconstitucionalidad para la ley, en virtud de que el tratado es un orden jurídico superior a la ley...

Sin entrar a detalle a la discusión consistente a la forma en que las normas internacionales son adoptadas en el derecho interno y a la fuerza ejecutiva de las mismas o bien si dichas normas previo a su aplicación al caso en concreto debe analizarse si son consideradas, bajo criterios internacionales, como normas de carácter auto aplicativas y/o heteroaplicativas, lo cierto es que los Ministros están argumentando y/o interpretando que el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, en su universalidad, es una norma de mayor jerarquía frente a las disposiciones federales y su contenido es calificado como una norma de carácter auto aplicativa; esto cobra especial relevancia para efectos del presente estudio, ya que la Contradicción de Tesis que más adelante se analizará, resulta al final de cuentas, contraria al principio *competente-competence* tal y como es entendido a nivel internacional, lo cual implica que independientemente del daño sensible que genera el criterio de la SCJN al sistema arbitral, podría constituir una violación a la obligación internacional establecida en el artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, de hecho existiría una contradicción entre los razonamientos establecidos por la propia SCJN, ya que por un lado argumenta que los Tratados Internacionales (particularmente el TLCAN) son

jerárquicamente superiores a la legislación federal, sin embargo, al interpretar un artículo de una ley federal, en particular el artículo 1424 del Código de Comercio, decide dejar a un lado el principio *compétence-compétence*, el cual es ampliamente aceptado por la comunidad internacional, ello podría generar como consecuencia, la violación al artículo 2022 del TLCAN, toda vez que es una acción que no promueve al arbitraje, sino todo lo contrario, lo desincentiva, pues básicamente dicha decisión judicial, contenida en una Contradicción de Tesis, no impugnabile y de aplicación general, podría ser calificada, a la luz de las disposiciones del TLCAN, como una acción que atenta seriamente a la promoción y facilitación del recurso de arbitraje.

El artículo 2022 del TLCAN establece a la letra:

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.

Article 2022: Alternative Dispute Resolution

1. Each Party shall, to the maximum extent possible, encourage and facilitate the use of arbitration and other means of alternative dispute resolution for the settlement of international commercial disputes between private parties in the free trade area.
2. To this end, each Party shall provide appropriate procedures to ensure observance of agreements to arbitrate and for the recognition and enforcement of arbitral awards in such disputes.
3. A Party shall be deemed to be in compliance with paragraph 2 ***if it is a party to and is in compliance*** with the 1958 *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* or the 1975 *InterAmerican Convention on International Commercial Arbitration*.
4. The Commission shall establish an Advisory Committee on Private Commercial Disputes comprising persons with expertise or experience in the resolution of private international commercial disputes. The Committee shall report and provide recommendations to the Commission on general issues referred to it by the Commission respecting the availability,

use and effectiveness of arbitration and other procedures for the resolution of such disputes in the free trade area.

En este sentido y al no existir reserva alguna pactada en el TLCAN, que pudiera limitar y/o interpretar, de manera distinta el sentido del artículo citado, el anterior razonamiento resulta una herramienta más para que la SCJN abandone el criterio decidido por una de sus Salas, y así proceda a reformular el mismo, adoptándose, sin limitación alguna, en el sistema jurisprudencial mexicano del arbitraje, el principio *compétence-compétence* como ha quedado descrito en líneas anteriores.

3.2 Convención de Nueva York de 1958.

3.2.1 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue firmado por México el día 23 de Mayo de 1969, aprobado por el Senado el día 28 de Marzo de 1973, entro en vigor entre las partes el día 27 de enero de 1980 y fue publicado el 14 de Febrero de 1975⁵³.

La Convención tiene por objeto establecer los lineamientos mínimos sobre los cuales se regirán los Tratados que celebren los Estados Miembros, de manera posterior, a la fecha de entrada en vigor de la misma, toda vez que reconocen la importancia de los tratados como fuente del derecho internacional y como medio para desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales, tomando en cuenta los principios universalmente reconocidos del libre consentimiento y de la buena fe y de la norma "*pacta sunt servanda*", recordando la resolución de los pueblos de las Naciones Unidas de crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los Tratados y convencidos de que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados logrados en la presente Convención contribuirán a la consecución de los propósitos de las Naciones Unidas enunciados en su Carta constitutiva, consistentes en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional.

⁵³ Disponible en www.sre.gob.mx el día 01 de Junio de 2007.

En concreto, la Convención en comento, codifica las normas aplicables a los Tratados Internacionales nacidas a raíz del derecho internacional consuetudinario, es por ello que se establece expresamente en el Capítulo Introductorio del Tratado, que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de dicha Convención.

Ahora bien, la Convención de Viena contempla las siguientes materias:

- 1) *Celebración y entrada en vigor de los tratados,*
- 2) *Reservas,*
- 3) *Observancia, aplicación e interpretación de los tratados,*
- 4) *Enmienda y modificación de los Tratados,*
- 5) *Nulidad, terminación y suspensión de los tratados,*

En la parte que nos interesa, existen un par de temas que regulan por una parte, la Observancia de las disposiciones del Tratado y por la otra, su interpretación, mismas que se transcriben a continuación:

Observancia de los tratados.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Interpretación de los tratados.

31. Regla general de interpretación.

I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. 1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1., cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

En relación a la Observancia de los Tratados, básicamente se establece una jerarquía normativa de la disposición del tratado respecto al derecho interno de las Partes, de tal forma que una de ellas no podrá argumentar, en su beneficio, cualquier contravención que pudiera surgir de la disposición del tratado en contra de su propio derecho interno, a fin de excluirse en el cumplimiento de la disposición internacional excepto cuando sea una violación manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Por manifiesta la Convención establece si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Ahora bien, es importante considerar que se entiende por Recepción de los tratados en el derecho interno y las normas ejecutables y no ejecutables derivadas de un tratado.

Los sistemas de recepción o incorporación de los tratados a los sistemas jurídicos internos, se clasifican en dos grandes grupos; (i) los de incorporación automática y (ii) los de recepción especial⁵⁴:

- (i) Incorporación automática: Requiere una transformación del tratado, mediante un acto de producción normativa interna (ley, decreto, orden), ejemplo de países encontramos, Reino Unido, países del *Commonwealth*, Israel, Italia, etc.
- (ii) Recepción especial: No requiere ningún acto normativo especial para la incorporación, una vez que el tratado es obligatorio internacionalmente y exigiendo eventualmente la publicación del mismo, éste se incorpora al sistema jurídico interno, ejemplo de países que siguen este modelo: Europa Occidental y de América.

Una vez incorporado el tratado, se plantea el problema de su aplicación. Existen normas que por su misma naturaleza pueden ser aplicadas inmediatamente, sin acto legislativo posterior; otras, en cambio, requieren un desarrollo legislativo posterior.

La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma cuando es susceptible de aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implantación o exigibilidad, de tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado⁵⁵.

El Dr. Eduardo Jiménez de Arechega, expresidente de la Corte Internacional de Justicia, menciona dos condiciones para que una norma sea autoejecutiva:

- 1) Ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión a favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso, y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación;
- 2) La regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes.

⁵⁴ Ortiz Ahlf Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, México, D.F. 2004, p.-35

⁵⁵ *Ídem*, p.35.

Las normas no ejecutables, en esencia son aquellas disposiciones programáticas, que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado o bien derechos que debido a su naturaleza o a la fraseología del tratado carecen de exigibilidad inmediata por la ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias del Estado.

Tanto la disposición II.3 y V de la Convención de Nueva York de 1958, así como el artículo 2022 del TLCAN, desde la óptica internacionalista descrita, implicaría que las disposiciones de la Convención de Nueva York pudieran considerarse, ante la legislación mexicana, como parte del sistema jurídico mexicano y ser calificadas como normas autoejecutables; sin embargo el artículo 2022 del TLCAN, en opinión del sustentante, a pesar de constituir una disposición integrante del sistema jurídico mexicano, podría no calificarse como una norma de carácter auto aplicativa y/o autoejecutable, dado que no reúne las características establecidas a juicio del ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, específicamente porque dicha norma no deriva en forma directa, un derecho o una pretensión a favor de un individuo y porque la regla no es lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente.

No obstante lo anterior, desde el punto de vista de la SCJN (ampliamente descrito en el apartado anterior) en el caso específico del TLCAN, independientemente de la confusión de conceptos que deriva de la discusión, existe consenso en determinar que las disposiciones del TLCAN, sus disposiciones contenidas, sean calificadas, *auto ejecutables y/o auto aplicativas*, ello en virtud de que resuelven que las disposiciones contenidas en el Decreto y Acuerdo citado referente a imponer nuevamente fracciones arancelarias a ciertos productos, violan la obligación relativa a desgravar totalmente conforme al periodo de espera establecido en el TLCAN, esto traducido al presente análisis, se leería de la siguiente forma, la Contradicción de Tesis de la SCJN, al no reconocer el principio *competence-competence* inhibe la promoción y facilitación del recurso del arbitraje, ya que las disposiciones contenidas en la Convención de Nueva York y la Convención Interamericana, no se ajustan en dicha Contradicción y por lo tanto, la misma es violatoria al artículo 2022 del TLCAN, independientemente de la violación propia que sufren dichas convenciones internacionales, jerárquicamente superior a las legislación federal materia de la interpretación.

En este sentido, resulta, en opinión del ponente, que tanto la Convención de Nueva York de 1958, como el Tratado de Libre Comercio con América del Norte, son instrumentos

internacionales que abarcan el tema del arbitraje comercial internacional desde dos ópticas diferentes, en el primer instrumento internacional contempla la disposición respecto a la competencia del árbitro (Art. II.3) y en el segundo, el compromiso de promover y facilitar el recurso del arbitraje en la zona (Art. 2022), cumpliéndose dicha disposición si las normas correspondientes se ajustan a lo establecido en la Convención de Nueva York de 1958 y Convención Interamericana, por lo que si se toma como supuesto que dichas convenciones internacionales, son complementadas por la Ley Modelo de Arbitraje (artículos 8 y 16), por la jurisprudencia internacional emitida al respecto, por los usos y costumbres relativos, se concluirá que la Contradicción de Tesis de la SCJN, es violatoria a dichos tratados internacionales, porque los lineamientos producidos posteriormente no pueden ser dejados a un lado como normas ajenas a la regulación del arbitraje.

Por otro lado y retomando el tema de la interpretación de los Tratados a la luz de la Convención de Viena, se incorpora un mecanismo que permite identificar el verdadero alcance y objetivo de una disposición contenida en un tratado internacional, a través de sus 4 principios⁵⁶:

- a) Principio del sentido corriente de los términos: Textual objetivo o lógico-gramatical.
- b) Principio del contexto:
 - b.1) El texto, incluidos sus preámbulos y sus anexos.
 - b.2) Todo acuerdo que se refiera al tratado y que haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.
 - b.3) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado, y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
 - b.4) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.
 - b.5) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
 - b.6) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

⁵⁶ *Ídem*, pp.-17-19

- c) Principio de la conformidad con el objeto y fin del tratado: La función interpretativa debe adecuarse al propósito que guió a las partes a contratar.
- d) Principio de la buena fe: a) Subjetivo: entre otras condiciones, un espíritu de lealtad, de intención recta, de sinceridad que debe predominar a nivel conclusión del acuerdo internacional, b) Objetivo: como un criterio utilizable en la interpretación de situaciones jurídicas nacidas a propósito del tratado.

El motivo por el cual se abarca el tema de la interpretación, es a fin de contar con los lineamientos aplicables para interpretar la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de 1985 sobre el Arbitraje Internacional Comercial para determinar el sentido de las disposiciones II.3 y V de dicha Convención y de los artículo 8 y 16 de la citada Ley Modelo, complementarios de dicha convención internacional.

3.2.2 Objetivo de la Convención de NY 1958: “Servir al intercambio y comercio internacional”

En opinión de ROBERT BRINER⁵⁷, Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (*International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*), con motivo a la reunión del 40 aniversario de la conclusión de los trabajos de la Convención de Nueva York de 1958, en uso de la palabra, textualmente expreso lo siguiente:

“International commercial arbitration is the servant of international business and trade”

“Let us turn to the objectives of the New York Convention: to serve international trade and commerce”.

“International commercial arbitration is presently confronted with two main challenges.

Globalization and privatization have produced an ever-growing number of parties to international transactions, with all the disputes and litigious phenomena this entails. The new actors on the international scene lack

⁵⁷ Enforcing Arbitration Awards Under the New York Convention, *Experience and Prospects*, United Nations, New York, 1999., pp.- 9-10

experience. The reservoir of arbitrators in many parts of the world is small and they are often not properly equipped and educated. In 1997, less than 60% of the parties to ICC arbitrations came from Western Europe and North America, but more than 85% of the arbitrators nominated were domiciled in these regions and in almost 90% of the cases the seat of the arbitration was chosen in the western part of the world. To a large degree these choices are made by the parties themselves. This imbalance is due to a certain lack of confidence by the new players in arbitrators from their own regions, and the widespread lack of confidence in the national legislation and court systems in many parts of the world. The necessary change will take time and much effort, and will not be spectacular. In the interest of the acceptability and effectiveness of international commercial arbitration it is imperative, however, that this change takes place.

The other problem lies in the breakdown and asphyxia of the court systems in many parts of the world. This, more than ever, forces international business to resort to arbitration which, contrary to many preconceived ideas, is faster than court litigation with its congestion, two or three instances and often procedural idiosyncrasies. Arbitration is also cheaper in the overall balance than litigation before State courts. Although one will have to pay the arbitrators and possibly the arbitral institution, legal fees will be lower because of the more concentrated, shorter proceeding, the foreign party does not need to instruct local counsel and the shorter the proceeding, the less time is spent by management, an important cost factor.

In view of this congestion, all steps should be encouraged which will reduce the involvement of the courts in arbitration cases. **There exists no real reason why the supervisory function of the courts should also be exercised at the place of the arbitration instead of only at the places of enforcement. There exists no real reason why the enforcement judge should apply other criteria than that of international public policy when examining a request for enforcement. There exists strictly no real reason why a party, which freely entered into a commercial transaction envisaging resolution of disputes by arbitration, should be allowed to opt out of its bargain with often spurious arguments, so that the dispute ends up in the courts.**

Modern legislation, like the UNCITRAL Model Law and new acts like the English and the Indian 1996 Arbitration Acts, go a great way on this path, but the proof of the pudding is in the eating. **Even with new legislation which encourages arbitration, some judges are still caught in bygone protectionist habits**".

Claramente un árbitro internacional opina que no existe una verdadera razón por la cual una Corte debe ejercitar su facultad de supervisión en el lugar de arbitraje, cuando ésta facultad debe ser exclusivamente ejercitada en el lugar de la ejecución del laudo, de igual manera, no existe una verdadera razón del porque una parte, que LIBREMENTE se sujetó a arbitraje, le este PERMITIDO renunciar al mismo, con argumentos creativos, con lo cual la disputa termine en la Corte.

Agrega además que aún y cuando exista una nueva legislación que fortalezca la figura del arbitraje, algunos jueces se encuentran atrapados en sus hábitos proteccionistas.

En concreto, la naturaleza del arbitraje, parte del presupuesto de impedir, al máximo posible la intervención judicial, ello en cumplimiento a la VOLUNTAD de las partes, sin embargo que sucede cuando la propia norma limita el alcance de la intención de las partes, tal y como lo establece el artículo 1424 del Código de Comercio, pues simplemente deben interpretarse dichas excepciones conforme a la naturaleza del arbitraje y no bajo la óptica proteccionista de que la impartición de Justicia es una atribución exclusiva del Estado, incluso con mayor razón cuando encontramos una disposición legal contraria como lo es el artículo 1434 de dicho ordenamiento, que establece, que el propio tribunal arbitral podrá decidir su propia competencia, pues sencillamente no cabe duda alguna sobre la amplitud de la jurisdicción del árbitro y suponiendo que aún y cuando no existiera dicha disposición legal, la competencia de un tribunal se entiende implícitamente amplia y plena para decidir cualquier tipo de controversia, máxime si existe un mecanismo judicial que permite verificar, en ejecución, temas tales como la nulidad, entre otros.

3.2.3 Análisis de los artículos II.3 y V.

Literalmente, el artículo II.3 de la Convención en comento establece:

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

De la redacción del párrafo transcrito, encontramos una obligación imperativa a cargo del juez consistente en remitir a las partes al arbitraje y a su vez encontramos tres limitaciones por medio de las cuales, el juez podrá ejercer una competencia subsidiaria, ello cuando el acuerdo sea: 1) nulo, 2) ineficaz y/o 3) inaplicable.

Esto es un punto fino, de hecho constituye la materia de fondo de la tesis, el artículo le otorga una competencia subsidiaria al juez, para analizar por motuo proprio, si existe cualquiera de las tres causas citadas, no se contempla la incorporación de un derecho

subjetivo a cargo de las partes, es decir las partes no cuentan con la legitimación necesaria para exigir al juez asuma competencia en estos casos, es por ello que *prima facie* el Juez analiza esta situación y en consecuencia remite o no a las partes a arbitraje, lo cual resulta lógico, dentro de un sistema arbitral que estima de sobremanera el respetar la voluntad de las partes a someterse al arbitraje, porque de cualquier forma estas causas podrán ser impugnadas, ahora si por las partes, al momento de la ejecución del Laudo, que es la etapa procesal que otorga legitimación a la parte ofendida.

El tema de la competencia exclusiva de un juez, fue discutido ampliamente en uno de los documentos preparatorios de la Convención sobre la jurisdicción del foro seleccionado en el caso de las compraventas internacionales de mercaderías (La discusión generada en dicho documento es relevante para nuestros efectivos, debido a que la misma puede ser trasladada al tema del arbitraje, específicamente a ayudarnos a entender quien debería ser competente, el árbitro ó el juez, cuando ambos tienen jurisdicción sobre un mismo tema) se transcribe la propuesta, que a mi parecer se aproxima más al tema de referencia:

B.4. Statement submitted by the Observer of the Hague Conference on Private International Law⁵⁸:

[E/CONF.26/L.36 - Amendment to Article 2:](#)

The eighth session of the Hague Conference on Private International Law adopted a Convention on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of Goods. This Convention was put up for signature at The Hague on 15 April 1958, and signed to date by Belgium and Greece. Its article 2 - which in itself gives a clear idea of the object of the Convention – contains in its paragraph 2 the minimum conditions required for the formal validity of the clause in which the competent forum is designated.

If the parties to a contract of sale expressly designate a court or courts of one of the contracting States as having jurisdiction, to adjudicate disputes which have arisen or may arise from said contract between the contracting parties, the court thus designated shall have exclusive jurisdiction and any other court shall declare itself without jurisdiction, reservation made of the provisions of article 3.

When an oral sale includes designation of the forum, such designation is valid only if it has been expressed or confirmed by a declaration in writing by one of the parties or by a broker, without having been contested.

⁵⁸ <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/36-N5812726.pdf> disponible el 29 de Enero de 2008.

This text was the result of repeated discussions in which it was established that in many cases international trade did not in fact have recourse to an exchange of declarations on the compromissory clause. On such occasions, the latter was stipulated by one of the parties, or the broker, and tacitly agreed upon by one or both parties.

El fondo de la discusión, representa la columna vertebral del sistema arbitral, por ello y trasladando los argumentos del observador al arbitraje, realiza una reflexión muy valiosa, que en síntesis consiste que la Convención sobre la jurisdicción de los foros seleccionados, aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, se estableció un artículo similar al artículo II de la Convención de Nueva York, a fin de hacer valer la competencia del Juez acordado por las partes, esto traducido al sistema arbitral significaría que el árbitro cuenta con jurisdicción exclusiva, a menos que el Juez aprecie, en el ámbito de su propio conocimiento y de su saber leal y entender, que el acuerdo sea: 1) nulo, 2) ineficaz y/o 3) inaplicable.

El criterio aplicable a todo esto consiste en que no es jurídicamente posible entender la competencia del árbitro como una competencia limitada o subordinada al Juez Local, debido a que son sistemas incompatibles uno del otro, ya que todo Tribunal cuenta implícitamente con la facultad para decidir su propia competencia, es decir, no es posible comprender, en una estructura JUEZ-DECISIÓN, que un juzgador (árbitro) se encuentre limitado para conocer un aspecto tan importante como ello, es decir la naturaleza propia de un juzgador es que cuenta con todas las facultades necesarias para decidir cualquier planteamiento que las partes sujeten a su consideración, en una palabra cuenta con jurisdicción plena. Veámoslo de forma inversa, si un juzgador, en este caso el árbitro, no cuenta con dichas facultades y necesita que tratándose de una decisión, como la nulidad del pacto arbitral, el mismo sea decidido por un Juez del sistema Judicial, pues entonces el árbitro se convierte en un auxiliar de la justicia y no en un juzgador, en un dependiente del sistema judicial local, perdiendo su autonomía y por lo tanto la potestad de las partes para someterse a un medio alternativo de solución de controversias queda hecho pedazos por el propio Estado, cuando éste está obligado a respetar y hacer valer el pacto arbitral de las partes, generándose incertidumbre, falta de certeza jurídica, finalmente en una falta de aplicación del Estado de Derecho.

Por su parte, el artículo V de la Convención en comento establece:

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del arbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisario, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

En este sentido, claramente se establece en el primer párrafo citado y en el inciso a siguiente, el momento procesal oportuno en que un juez local puede participar en la nulidad del acuerdo arbitral, que es hasta que se presente el laudo arbitral para su reconocimiento y ejecución, es en este momento en que un Juez local cuenta con toda la plena jurisdicción para entrar de lleno al estudio de fondo de la nulidad del pacto arbitral.

Ahora bien, es entendible la excepción que marca el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, en el sentido de que el Juez local podrá asumir jurisdicción si el acuerdo arbitral es nulo, siempre y cuando “compruebe” y/o sea “notoriamente” apreciable (el propio Juez por si solo) de manera *prima facie* la nulidad, para ello los elementos que deberá tomar en cuenta son la NOTORIEDAD de la misma, en otras palabras, si el Juez aprecia de forma NOTORIA Y/O MANIFIESTA la nulidad del acuerdo, asume

COMPETENCIA, de lo contrario debe remitir al tribunal arbitral el asunto, ya que de cualquier forma, al emitirse el Laudo, el Juez contará de nueva cuenta con la facultad, si una de las partes así lo decide, de decir sobre la nulidad del pacto arbitral, es aquí donde se encuentra el punto fino y donde toma sustancia y fuerza el argumento del momento procesal oportuno en donde el Juez cuenta con toda la COMPETENCIA.

Para la gente escéptica de los anteriores argumentos, en la opinión del ponente no es necesario que de manera expresa se incorpore la calificación PRIMA FACIE Y/O MANIFIESTA Y/O NOTORIAMENTE, debido a que el sentido corriente y lógico de los artículos II.3 y V de la Convención de Nueva York (primer principio de interpretación establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969, artículo 31) claramente permite concluir en este sentido, tan es así que se incorpora en el artículo II.3 la palabra “compruebe”, es decir que el Juez se de cuenta que el pacto arbitral es NULO porque de plano no es posible lógicamente concluir lo contrario.

3.3 Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Arbitraje de 1985.

La Ley Modelo es creada para asistir a los Estados adoptantes en reformar y modernizar sus leyes relativas al procedimiento arbitral, así como para tomar en consideración características y necesidades propias del arbitraje comercial internacional. Dicha ley cubre todas las etapas del proceso arbitral desde el acuerdo arbitral, la integración y jurisdicción del tribunal arbitral y el límite de la intervención del Juez a través del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. La misma refleja un consenso mundial en aspectos claves de la practica del arbitraje internacional generalmente aceptada por los Estados de todas las regiones y diferentes sistemas legales y económicos del mundo⁵⁹.

A lo anterior añadiría la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que establece⁶⁰:

⁵⁹ Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html el 21 de marzo de 2008.

⁶⁰ Disponible en <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/477/79/IMG/NR047779.pdf?OpenElement> el 21 de Marzo de 2008.

40/72 Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law.

The General Assembly:

.....

Nothing that the Model Law on International Commercial Arbitration was adopted by the United Nations Commission on International Trade Law at its eighteenth session, **after due deliberation and extensive consultation with arbitral institutions and individual experts on international commercial arbitration.**

Convinced that the Model Law, together with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law recommended by the General Assembly in its resolution 31/98 of 15 December 1976, significantly contributes to the establishment of a **unified legal framework** for the **fair and efficient** settlement of disputes arising in international commercial relations,

De lo anterior, existen un par de elementos que profundizar, el primero el relativo a que la Ley Modelo en comento es resultado de una extensa participación de expertos en la materia de arbitraje, es decir es el “*como debería*” llevarse cualquier tipo de arbitraje internacional y el segundo el referente al establecimiento de un marco legal unificado para una eficiente y justa resolución de controversias derivadas de las relaciones comerciales internacionales, lo cual podría traducirse en que la codificación citada unifica las prácticas en materia de arbitraje internacional, elemento que podría influir si interpretamos dicho marco unificado de arbitraje internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969, lo cual quedaría integrado de la siguiente forma:

1) Convención de Nueva York de 1958.

1.1. Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985.

Si aplicáramos el artículo 31 numeral 3 inciso b) de la Convención de Viena, resultaría que la Convención de Nueva York de 1958 es complementada por la Ley Modelo de

UNCITRAL de 1985, debido a que es una práctica ulterior seguida en aplicación de la Convención de Nueva York de 1958, y el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado, podríamos decir que México la otorgo al momento de (i) aceptar esta resolución de Naciones Unidas y (ii) al adoptarla en el Código de Comercio, tal y como se desprende de la exposición de motivos de la reforma a dicho instrumento mercantil.

Como es bien sabido, México adopta en forma general el espíritu y sentido de dicha Ley, que como se manifestó en líneas anteriores, establece la jurisdicción del tribunal arbitral así como el límite de la intervención del Juez hasta el momento procesal del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, es decir desarrolla aún más y con mayor precisión dichos conceptos, más no los constituye, ambos los encontramos en la Convención de Nueva York de 1958, en razón a lo siguiente: (i) tratándose de la remisión establecida en el artículo II.3 la competencia de un tribunal jurisdiccional se le ***limita*** para dar cabida a la competencia del tribunal arbitral (*dicho de forma inversa, el tribunal arbitral tiene plena competencia para conocer totalmente de cualquier aspecto del juicio, incluso sobre su propia competencia en virtud de que el texto del artículo no lo prohíbe, mayor aún no hace referencia alguna solo aquella de remitir al arbitraje*) si una de las partes así lo deciden , siempre y cuando así lo decida una de las partes y el tribunal jurisdiccional no encuentre (*de manera manifiesta y/o notoria*) alguna causal de nulidad y (ii) el límite de la participación de un Juez local, lo encontramos en el artículo V, es decir hasta el momento procesal en que el laudo se presente para su reconocimiento y ejecución.

3.3.1 Análisis e Interpretación del artículo 8.

El artículo 8 a la letra establece:

Artículo 8. *Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal:*

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Este artículo tiene su origen en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York de 1958, debido a que su contenido es exactamente una copia del citado instrumento internacional, con un par de precisiones, la primera que establece a las partes el momento procesal oportuno para solicitar la remisión al Juez al arbitraje y la segunda un aspecto de traducción realmente importante, consistente en la frase: “a menos que se compruebe”, difiriendo un poco a lo establecido en la Convención citada, ya que está, la misma frase se expresa de la siguiente manera: “a menos que compruebe”, de cualquier forma, ambas se refieren a la apreciación y/o comprobación del Juez y no de las partes, tal y como se cito en líneas anteriores de la presente, en consecuencia es una facultad del Juez y no de las partes en litigio, y como dicho artículo no establece un procedimiento procesal para tales efectos, se deduce, a la luz de la lógica y de la práctica internacional, la herramienta del Juez *prima facie*, es decir en primera instancia el Juez no aprecia una nulidad y/o el Juez no encuentra manifiesta y/o notoriamente la misma, en consecuencia, incluso en caso de duda, debe remitir al arbitraje.

Cabe hacer mención y se retoma lo expresado por Cecilia Azar Manzur y Sofía Gómez Ruano en su artículo citado⁶¹ respecto a que UNCITRAL ha explicado en sus notas interpretativas de la Ley Modelo, que el texto del artículo 8 debe tomarse en el sentido de que el juez asume competencia cuando la invalidez del acuerdo arbitral es manifiesta, es decir, cuando no es necesario analizar argumento y pruebas para determinarlo, sino que a simple vista (*prima facie*) el acuerdo es nulo o inexistente, pero UNCITRAL explica que si cabe la menor duda y hay la menor diferencia de argumentos entre ambas partes, el juez debe remitir el asunto al arbitro y permitir que se pronuncie primordialmente.

3.3.2 Análisis e Interpretación del artículo 16.

El artículo 16 a la letra establece:

Artículo 16. *Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia*

⁶¹ *Op cit.* P.- 85

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no implicará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Tal y como se describe en el título del propio artículo, se contempla expresamente la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, incluso en las cuestiones relativas a la existencia y a la validez del acuerdo arbitral.

Ahora bien, las Notas Explicatorias del Secretariado de la UNCITRAL respecto de la Ley Modelo en comentario⁶², establecen claramente la facultad del tribunal arbitral para decidir su propia competencia, ya sea de forma preliminar o en el laudo correspondiente. Si el tribunal arbitral ha decidido, de forma preliminar su jurisdicción, cualquier parte podrá solicitar, previa petición dentro de los treinta días posteriores a la recepción de la notificación de dicho acto, a la Corte (Juez) especificado en el artículo 6, decida sobre dicha contienda, mientras tanto la petición este pendiente de resolución por la Corte, el tribunal arbitral podrá continuar con los procedimientos arbitrales y emitir el laudo.

De lo anterior se desprende el orden y los momentos procesales, mismos que detallo de la siguiente manera:

⁶² Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf el día 29 de marzo de 2008.

1. El tribunal arbitral, cuenta con preferencia preliminar para decidir su propia competencia.
2. El Juez cuenta también con competencia para decidir sobre la competencia del tribunal arbitral, una vez que este, preliminarmente ha decidido su competencia.

A mayor profundidad y dado que existen ricos antecedentes sobre esta discusión por expertos en la materia, transcribo de íntegramente la explicación del sentido interpretativo de los artículos 8 y 16 a la luz del Señor Michael MUSTILL, representante del Reino Unido en la sesión 312, celebrada el día 06 de Junio de 1985 a las 14:00 horas, presidiendo la misma, su presidente el Señor LOEWE, el cual a la letra cita⁶³:

22. Mr. HOLTZMANN (United States of America) **believed in the principle that arbitration should proceed and not be stayed by the court.** He supported the Hungarian proposal, which clarified the matter, and also favoured the USSR proposals.

28. Mrs. RATIB (Egypt) said that it would be useful to give the courts power to order the suspension of the arbitral proceedings when they considered that the **most likely outcome** would be that the agreement was null and void. That would save both time and expense. Her delegation therefore suggested restoring the phrase “unless the court orders a stay of the arbitral proceedings”, which had been in the original text but had been deleted by the Working Group.

29. Sir Michael MUSTILL (United Kingdom) thought that attention was perhaps being drawn away from the nature of the situation with which article 8 (2) was concerned, as expressed in the title of the article. Article 16 of the draft Law was concerned with the situation in which a court became involved because one of the parties to an arbitration challenged the arbitral tribunal’s jurisdiction. The situation in article 8 was quite different: it concerned an attempt to have substantive dispute itself decided by a court. If both of the Soviet Union’s suggestions were adopted, the result would be that the same dispute would go forward in two different places: the court would retain the matter if it concluded that the arbitral tribunal had no jurisdiction and would make a judgment, but the arbitral tribunal proceedings would also go forward. It was surely not desirable to have a double decision on the same substantive matter. He favoured the philosophy suggested by the Egyptian representative, which was implicit in the existing text in any case. He therefore urged that the text should be retained in its existing form.

Como consecuencia de lo anterior y a la luz de dicho ponente, el artículo 16 se refiere a la situación de cuando una Corte (Juez) se envuelve porque una de las partes reta la jurisdicción del tribunal arbitral. La situación del artículo 8 es relativamente diferente: se refiere al intento de que la sustancia de la disputa propia sea decidida por la Corte (Juez). **La filosofía que se refiere el representante es la relativa a que si el Juez considera que el resultado más probable del acuerdo arbitral es que se**

⁶³ Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/320meeting-e.pdf> el día 29 de marzo de 2008.

decrete su nulidad e invalidez, leído de otra forma sería, si el Juez no aprecia dichos elementos, debe remitirse a las partes al arbitraje.

Por último, en una consulta solicitada expresamente por el suscrito al *International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber*, responden que el artículo 16 de la Ley Modelo debe ser interpretado en el sentido prohibitivo hacia las partes de recurrir a las Cortes (Jueces) si el tribunal arbitral ha adpotado jurisdicción, se transcribe dicha consulta:

De: manfred.heider@wko.at [mailto:manfred.heider@wko.at]
Enviado el: Martes, 18 de Marzo de 2008 09:34 a.m.
Para: mmarmolejo@b-bs.com.mx
Asunto: VIAC/UNCITRAL Conference

Dear Mr. Marmolejo,

I make reference to your inquiry regarding the application of Art. II of the NY-Convention. It is not unusual that arbitral awards are not recognized and enforced by state court judges. The latter are the addressees of the NY Convention and they have jurisdiction to decide in the sense of Art. V NYC whether or not an arbitration agreement is valid. ***It is therefore possible and it happens all over the world that state courts interpret the provisions of the NY-Convention differently.*** This means that it is possible that the Supreme Court of country A might consider an arbitral agreement as valid whereas the Supreme Court of country B considers it void. ***To avoid such situations, UNCITRAL is now starting an initiative to unify the interpretation of the NY-Convention by state courts in different countries by elaborating and recommending guidelines on how to interpret the NYC.***

Pursuant to Art. V the recognition and enforcement of foreign arbitral awards may be denied when - inter alia - the state court judge finds that the arbitral agreement has not been valid.

While the above applies to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, the UNCITRAL Model Law is a pattern for national arbitration legislation. The corresponding provision to Art. V of the NYC is the Art. 34 of the Model Law. Again, it is the state court judge who will have the last word on whether the arbitral tribunal has decided on its jurisdiction correctly. If this is not the case the arbitral award will be set aside and, as a consequence, the dispute will be heard and decided by the state court. ***The principle of "Kompetenz-Kompetenz" as laid down in Art. 16 of the Model Law applies only during pending arbitral proceedings and prohibits the parties to initiate state court proceedings when the arbitral tribunal has approved its jurisdiction. In contrary to that, the arbitral award rendered by the arbitral tribunal (under the assumption of its existing jurisdiction), is subject to control by the state courts and, if the arbitral tribunal lacked jurisdiction because of the invalidity of the arbitral agreement, may set aside the arbitral award.***

I hope to have answered your question understandably.

Kind regards,

Manfred Heider
Secretary General
International Arbitral Centre
of the Austrian Federal Economic Chamber
A-1045 Vienna, Wiedner Hauptstrasse 63,
P.O. Box 319, Austria
Tel.: +43 (0)5 90 900/4402
Fax: +43 (05) 90 900/216
E-Mail: Manfred.Heider@wko.at
<http://wko.at/arbitration>

En este sentido, ojalá se expida a la brevedad dichos lineamientos en relación a como interpretar la Convención de Nueva York de 1958, a fin de dar luz a una cuestión básica del arbitraje, como lo es la debida aplicación local del principio competence-competence.

3.3.3 Casos (Jurisprudencia Internacional):

El presente apartado tiene por objeto el consolidar, una gama de casos relacionados o bien resueltos en base a los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, base de datos (*Case Law CLOUT*) que se aprecia en la página de internet http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/abstracts.html disponible los días 17, 18 y 19 de Julio de 2008.

La base de datos, carga las sentencias de manera sintetizada, remarcando la parte conducente a la aplicación y sentido jurídico de los citados artículos.

En este sentido, se aprecian las siguientes resoluciones de interés:

Case 9: MAL 8

Canada: Federal Court of Canada, Trial Division (Denault, J.) 2 November 1987:

Coopers and Lybrand Limited (Trustee) for BC Navigation S.A. (Bankrupt) v. Canpotex Shipping Services Limited, Published in English: 16 Federal Trial Reporter, 79:

Where a valid arbitration agreement exists and a party requests a transfer of the dispute to the arbitration tribunal at the first opportunity, article 8 MAL obliges the Court to refer the matter to arbitration. The charter-party agreement executed by the parties contained an arbitration clause. After Coopers and Lybrand commenced an action against the Canpotex in court, Canpotex filed a conditional appearance objecting to the jurisdiction of the court and sought a stay of proceedings in order to pursuant to section 50 (1) (b) of the Federal Court Act seeking a stay of proceedings. The Court granted Canpotex's motion. Pursuant to article 8 of the Model Lawthe court was obligated to refer the matter to arbitration. A valid arbitration agreement existed and Canpotex had requested a transfer of the dispute to

the arbitration tribunal at the first opportunity. In the alternative, the court would have granted a stay pursuant to section 50 of the Federal Court Act.

Case 18: MAL 5: 8: 16

Canada: Ontario Court of Justice – General Division (Henry J.) 1 March 1991, Rio Algom Limited v. Sammi Steel Co. Original in English.

The interaction of articles 8 and 16 restrict the court's role in arbitrations to determining whether the arbitration clause is null and void. Any determination of the arbitrator's jurisdiction is made by the arbitrator pursuant to article 16. The parties agreed that Sammi would purchase Rio's steel manufacturing business in Ontario, Quebec and New York State. The agreement provided that the parties each prepare a Closing date balance sheet as soon as possible after closing. Arbitration was provided for if the parties could not resolve any dispute arising out of the closing data balance sheets. Such a dispute did arise. Sammi followed the required procedure and submitted the matter to an arbitrator. Rio commenced an action **in court challenging the jurisdiction of the arbitrator** and seeking an order staying the arbitration proceedings. The Chambers judge granted the order finding that the arbitrator's jurisdiction is a threshold issue of contract construction to be decided by the court. Leave to appeal the Chambers judge's order was sought. The court granted leave to appeal. **It found that the Chambers judge's decision had been erroneously based on principles of the domestic arbitration act rather than those found in the Model Law was enacted by the International Commercial Arbitration Act, Statutes of Ontario, 1988, c.30. In particular the court cited article 16 which provides the arbitral tribunal with the power to rule on its own jurisdiction. The court further noted article 8 which restricts court involvement to a determination of whether the arbitration agreement is null and void.**

Case 20: MAL 1 (3) (b) (11): 3: 8: 10: 11:16

Hong Kong: High Court of Hong Kong (Kaplan J.)

29 October 1991

Fung Sang Trading Limited v. Kai Sun Sea Products and Food Company Limited Original in English Excerpts of judgment in Doyles dispute resolution practice: Asia, Pacific in 1 volume. North Ryde, N.S.W. : CCH International, c1990-Tab 80-036, p.80, 661-80 and in: Yearbook Commercial Arbitration, (Deventer, Netherlands, Kluwer) vol. XVII, 1992, p.289-303.

Commented on in: Doyles ADR up date 5: 4-5, 28 February 1992, and by Pryles, World Arbitration and Mediation Report 2;12:329 (December 1991) (Abstract prepared by the Secretariat)

The Court refused to deal with the question of whether a valid contract had been concluded since, according to article 16 MAL, **it was first for the arbitral tribunal to decide on its jurisdiction.** Recognizing the autonomy or separability of the arbitration clause except in the case of ab initio illegality of the contract (with reference to English law), the court stated that the decision of the arbitral tribunal was neither final nor exclusive but subject to immediate review under article 16 (3) MAL.

Case 32: MAL 7: 8

Canada: Ontario Court, General Division (Zelinski J.)

30 April 1992

Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co. Ltd.

Agreements containing both an arbitration clause and a right to sue will still be subject to article 8 MAL, depending on the particular agreement. Mind Star was licensee of a product which it sub-licensed to Samsung. The sub-licensing agreement contained an arbitration clause and also a clause providing Mind Star with the right to sue should Samsung fail to perform any of its obligations. Mind Star claimed that Samsung had fundamentally breached the agreement and that Mind Star was entitled to claim damages. The parties agreed that the arbitration clause in the agreement qualified as an arbitration agreement pursuant to article 7 MAL as enacted by the International Commercial Arbitration Act, Revised Statutes of Ontario, 1990, c. 19. **The court concluded that the right to sue did not qualify the duty to arbitrate. Even disputes concerning the clause creating the right to sue were subject to arbitration. The court found this “consistent with the requirement that the arbitrator will, in the first instance, determine its own jurisdiction and the scope of its authority”. The arbitration clause was operative and as such article 8 MAL required that the parties be referred to arbitration.**

Case 127: MAL 16

The Supreme Court of Bermuda (Meerabux J.)

Skandia International Insurance Company and Mercantile & General Reinsurance Company and various others, 21 January 1994, Original in English. Unpublished.

The Supreme Court held that there was prima facie evidence that the arbitration agreement existed and satisfied the requirements of article 7 (1) MAL and Article II (2) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). The Supreme Court held, under reference to the travaux préparatoires of the MAL, that the contractual documents do not need to make an explicit reference to the arbitration clause and that general words of incorporation suffice under article 7 MAL. **The Supreme Court pointed out, however, that, “in any event”, a challenge to the existence, validity and scope of the arbitration agreement was a matter to be first determined by the arbitral tribunal under article 16 (3) MAL.** Accordingly the Supreme Court granted the injunction restraining Al Amana from continuing with the proceedings brought by it against Skandia and others in Kuwait.

Case 186: MAL 8

Canada: Superior Court of Quebec (Ryan J.)

18 May 1990

A. Bianchi S.R.L. v. Bilumen Lighting Ltd.

Original in French, Published in French: Recueil de jurisprudence du Québec [1990] 1681

In a series of contracts concluded during 1986, Bianchi granted Bilumen the exclusive right to assemble, sell and distribute its products in Canada and the United States. Shortly thereafter, and despite the arbitration clause contained in the contract, Bianchi began judicial proceedings before the Superior Court, claiming damages for breach of contract. The proceedings followed their course, including joint motions for particulars, a demand for a guarantee in respect of the costs of the proceedings and discovery. In March 1990, Bilumen filed a motion for dismissal of the action, pointing to the arbitration clause. Bianchi contested this motion, arguing that Bilumen had tacitly renounced arbitration in view of the various steps undertaken in relation to the judicial proceedings. **Given the general policy favoring arbitration, and**

particularly article 8 MAL, the Superior Court concluded that the delay in invoking the arbitration clause and the steps undertaken in the judicial proceedings did not amount to renunciation of the arbitral procedure. The Superior Court further stated that the mandatory nature of the provision and the absence of judicial discretion required that the parties be referred to arbitration.

Case 403: Art. 16 (1) MAL

Germany: Highest Regional Court of Bavaria; 4Z SchH 6/99

15 December 1999

Original in German

Published in: DIS – Online Database on Arbitration Law – [http:// www.dis-arb.de](http://www.dis-arb.de); commentary

Rabe, EWIR 2000, p. 359.

The decision, arising out of an action to have the composition of the tribunal corrected by a court, concerns the issue of the court's competence to review the jurisdiction of the arbitral tribunal. According to section 1034 (2) German Code of Civil Procedure, if an arbitration agreement grants preponderant rights to one party with regard to the composition of the arbitral tribunal, placing the other party at a disadvantage, that other party may request a court to appoint the arbitrators in deviation from the agreed nomination procedure. In the case at issue, claimant, the Bavarian Football Association, had brought a claim for damages before its own court of arbitration against two of its senior representatives for breach of their fiduciary duties, resulting in significant financial damages to claimant. Respondents had challenged the composition of the arbitral tribunal because, according to the arbitration rules of the Bavarian Football Association, the tribunal was appointed by a committee of that association. However, they had not challenged the jurisdiction of the arbitral tribunal pursuant to section 1040 (2) German Code of Civil Procedure (adapted from article 16 (2) MAL). The Court dismissed respondent's motion for the appointment of the arbitral tribunal by the Court. It held that the judicial challenge of the composition of an arbitral tribunal is only admissible if the dispute before the arbitral tribunal falls within the scope of the arbitration clause. **The Court recognized the arbitral tribunal's authority to rule on its own jurisdiction.** However, it refused judicial assistance to arbitral proceedings that obviously did not fall within the terms of the submission to arbitration. The Court found that the applicable provision of the association's arbitration rules did not cover civil liabilities between the association and its representatives but only disputes deriving from membership status. Therefore, since the tribunal's jurisdiction did not cover the subject-matter, it was not necessary for the Court to order a new composition of the arbitral tribunal

Case 404: Art. 8 (1) MAL

Germany: Federal Supreme Court; III ZR 33/00

14 September 2000

Original in German

Published in: Betriebs-Berater 2000, p. 2330; Betriebs-Berater, Beilage 6 zu Heft 31, p. 12 (with commentary Risse, p. 11); DIS – Online Database on Arbitration Law – [http:// www.dis-arb.de](http://www.dis-arb.de).

The case concerns the "inoperability" of an arbitration agreement due to the lack of sufficient funds and questions whether it is possible for a party to rely on this defence. The two German parties had entered into a contract for the installation of bathroom appliances and a separate arbitration agreement. During the course of the execution of the contract a dispute as to provisional

payments arose which Defendant wanted to have resolved by the state courts. Plaintiff rejected that request and insisted on the existence of the arbitration agreement. No arbitration proceedings were, however, started by Defendant for cost reasons. A year later Plaintiff informed Defendant that he terminated the arbitration agreement for the lack of sufficient funds and sued Defendant for damages for breach of contract in the state courts. **The Trial Court and the Court of Appeals had rejected the action as inadmissible and referred the parties to arbitration in accordance with section 1032 (1) German Code of Civil Procedure (adapted from article 8 (1) MAL). The Federal Supreme Court reversed the decision.** The Court held that the arbitration agreement did not debar Plaintiff from bringing an action before a state court because the arbitration agreement had proven impracticable under the circumstances. **According to section 1032 (1) German Code of Civil Procedure, a court is not required to dismiss a claim brought before it, if “the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.” The Court found that under the circumstances the arbitration agreement was incapable of being performed because Plaintiff was unable to afford the costs of arbitration. The only option for Plaintiff to pursue his claim was in state court, by means of legal aid for which he had qualified.** Defendant had not been willing to advance the costs of arbitration. Furthermore, Plaintiff was not estopped from relying on the “incapable of being performed” exception because of his own previous reliance on the arbitration agreement as the use of a procedural means of defence is not in violation of good faith. Unlike Plaintiff, Defendant had not brought an action before a state court. As compared to the otherwise inevitable loss of Plaintiff’s right to due process of law, legal proceedings did not constitute undue hardship to Defendant. **Finally, the Court stated that termination of the arbitration agreement is no longer required under the revised version of section 1032 to trigger the aforementioned exception.** The right to legal process is not excluded merely because Plaintiff has caused his inability to pay his arbitration expenses. It would be excluded only if Plaintiff had caused the inability in bad faith.

Case 504: MAL 8: 16(1)

Canada: Ontario Superior Court of Justice (Croll J.)

D.G. Jewelry Inc. et al. v. Cyberdiam Canada Ltd. et al.

April 17, 2002

Published in English: [2002] Ontario Judgments No. 1465 (Lexis), 21 Canadian Practice Cases (5th) 174

Abstract prepared by Geneviève Saumier, National Correspondent

[**keywords:** *arbitration agreement; kompetenz kompetenz*]

The parties were all involved in the North American diamond trade, with the plaintiffs having entered into consignment sales agreements with the defendant suppliers. Although the agreements contained arbitration clauses, the plaintiffs claimed that arbitration clauses did not apply because the defendants had engaged in fraudulent misrepresentations at the time of contracting, which, they argued, rendered the agreements null *ab initio*, including the arbitration clauses. **Referring to articles 8 and 16(1) of the Model Law, the court confirmed the separability thesis according to which the claimed nullity of the underlying contract does not affect the independent validity of the arbitration clause included in the contract.** In addition, the court held that the wording of the clause (“all disputes arising from or out of this agreement”) was sufficiently broad to encompass the numerous tort claims raised by the plaintiffs. Moreover, the court held that the determination of the scope of the arbitration clause was more

properly within the purview of the arbitrator and that the court should not interfere unless “it is clear that the dispute in question falls outside the terms of the arbitration provision.”

Case 509: MAL 8: 16(1): 35: 36(1): 36(2)

Canada: Ontario Court of Appeal (Carthy, Charron and Rosenberg JJ.A.)

Dalimpex Ltd. v. Janicki; Agros Trading Spolka Z.O.O. v. Dalimpex Ltd.

May 30, 2003

Published in English: [2003] 64 Ontario Reports (3d) 737, 228 Dominion Law

Reports (4th) 179. <http://www.ontariocourts.on.ca/decisions/2003/may/dalimplexC37306.htm>

Abstract prepared by Geneviève Saumier, National Correspondent

[**keywords:** *arbitration agreement; jurisdiction; arbitrators; recognition—of award*]

Prior to the commencement of this action in 1998, the parties did business together for approximately thirty years. Dalimpex is a Canadian company that imports and distributes various goods, most of which are manufactured in Poland. A large portion of Dalimpex’s business consists of food products, and its major supplier was Agros, a large Polish food conglomerate and broker. The parties were bound by an agency agreement that included an arbitration clause designating a Polish arbitration board. A senior employee of Agros, Andrzej Janicki, became an executive of Dalimpex in 1993 and subsequent events lead to severe financial difficulties for Dalimpex and the termination of the agreement in June 1998. Dalimpex claimed that Janicki conspired with Agros during his time with Dalimpex and largely contributed to the downfall of the latter. Dalimpex sued Agros in Ontario and Agros responded with a notice of arbitration to take place in Poland, claiming for payment of certain sums due, including the refund of a bank guarantee paid by Agros. Dalimpex objected to the jurisdiction of the Polish arbitral board on the grounds that the bank guarantee was outside the scope of the agency agreement and its arbitration clause. This argument was rejected and an award was made in favour of Agros. Dalimpex sought but failed to get the award set aside by the Polish courts (an appeal of that decision was pending in Poland at the time of the Ontario judgment). ***In the Ontario courts, Agros first invoked article 8 of the Model Law and sought a stay. The motion was denied at first instance for two reasons: first, that the arbitrator had ceased to exist and second, that the claim was outside the scope of the agreement to arbitrate. This decision was overturned on rehearing and the stay granted. Agros later also sought recognition of the award granted by the Polish arbitration board. At the Court of Appeal, the decision regarding the referral to arbitration was confirmed. On the issue of the scope of the clause, the court strongly endorsed a limited role for courts, in light of articles 8(1) and 16 of the Model Law. It held that “in cases where it is not clear, it may be preferable to leave any issue related to the “existence or validity of the arbitration agreement” for the arbitral tribunal to determine in the first instance under article 16. [T]his deferential approach is consistent with both the wording of the legislation and the intention of the parties to refer their disputes to arbitration.”*** On the question of the identity of the arbitral board, which had been altered by statute since the date of the agreement, the Court made two findings. First, it held that the wording was broad enough to encompass the newly created Polish Court of Arbitration and upheld the motion to stay on that ground alone. Second, in *obiter*, it agreed with Agros that Dalimpex should be estopped from raising this argument before the Ontario courts because it had failed to raise it before the arbitral panel in Poland. On the recognition issue, the Court of Appeal considered articles 35 and 36 of the Model Law, specifically Dalimpex’s objections under article 36(1)(a)(iii), (iv) and (v) as well as article 36(2). Considering the

conclusions of the court on the jurisdictional issues, it held that only article 36(2) applied and therefore adjourned.

Case 522: MAL 8(1)

Hong Kong: High Court of Hong Kong Special Administrative Region, Court of First Instance (Burrell J) Paladin Agricultural Ltd. & Others v. Excelsior Hotel (Hong Kong) Ltd. 6 March 2001 Published in English: [2001] 2 HKC 215 Abstract prepared by Ben Beaumont.

[**keywords:** *arbitration agreement; courts; judicial assistance; procedure*]

The first plaintiff entered into a tenancy agreement. The first plaintiff was required to provide a guarantee of its obligations from its parent company. The premises were used as a restaurant in the name of the second plaintiff. This occupancy was a violation of the term of the tenancy being that the premises should not be subject or assigned to anyone else. The restaurant closed. The defendant commenced proceedings against the parent company of the first plaintiff under the guarantee. Thereafter, the first and second plaintiffs commenced proceedings against the defendant. The defendant applied to stay the action commenced by the first plaintiff, based on article 8(1) of the Model Law, and to stay the action of the second plaintiff pending resolution of the arbitration between the first plaintiff and the defendant. The first plaintiff argued that the defendant had rescinded the arbitration clause by agreement in correspondence between the solicitors of the parties. The correspondence from the defendant requested that the first plaintiff chose between litigation and arbitration. The solicitors for the first plaintiff replied that there was no objection to the matters being referred to the jurisdiction of the court. The court ruled that the response as to no objection was not an agreement to waive the right to opt for determination by arbitration, there was no prima facie agreement to rescind the arbitration agreement. **The issue as to jurisdiction was therefore for the arbitral tribunal to decide, in accordance with article 16(1) of the Model Law. The first plaintiff argued that the defendant had submitted a first statement on the substance of the dispute and could not take the advantage of the stay provision, as per article 8(1) of the Model Law. The court ruled that the action on the guarantee was not subject to arbitration. However, the actions of the first and second plaintiffs arose out of the agreement containing the arbitration clause. The defendant had added the first plaintiff in the action under the guarantee. This act, the court held, was not a positive election to abandon arbitration. The court granted the application of the defendant to stay the proceedings of the first and second plaintiffs in favour of arbitration until the completion of the arbitration.**

Case 560: MAL 16 (1); 16 (3); 34 (1); 34 (2) (a) (i); 34 (2) (a) (iii)

Germany: Bundesgerichtshof III ZB 44/01 6 June 2002 Published in German: [2002] Neue Juristische Wochenschrift 3031; [2003] Neue Zeitschrift für Schiedsverfahren (German Arbitration Journal) 39 DIS—Online Database on Arbitration Law—<http://www.dis-arb.de> Abstract prepared by Dr. Stefan Kröll.

[**Keywords:** *arbitral awards; award; award—setting aside; competence; kompetenzkompetenz*]

A dispute arose between the Saudi Arabian and the German party to a consultancy contract, which provided for arbitration in Germany. Upon challenge by the respondent, the arbitration tribunal declared not to have any jurisdiction as in its views the respondent had validly terminated the arbitration agreement. The claimant applied to the Stuttgart Higher Regional Court to have this decision set aside or, in the alternative,

for a declaration that the tribunal had jurisdiction. The Court considered the application to be admissible but unfounded, since none of the enumerated grounds for the setting aside request were fulfilled. This was regardless of the fact that the tribunal's decision could be considered wrong. The Supreme Court confirmed the decision. The Court held that the arbitration tribunal's decision was an award in the sense of § 1059 (1) of the German Code of Civil Procedure (hereinafter ZPO), consistent with article 34 (1) MAL, against which an action for setting aside was admissible. **According to the kompetenz-kompetenz principle, the tribunal had jurisdiction to render such an award, which was binding on the parties and ended the arbitral proceedings. The Supreme Court held, however, that the application was not founded since none of the grounds for setting aside listed in § 1059 ZPO were fulfilled. According to the Court, § 1059 Abs. 2 Nr. 1 (a), based on article 34 (2) (a) (i) MAL, is only applicable to cases where there is no valid arbitration agreement, not to cases where the tribunal erroneously considers not to have jurisdiction. For the same reason the Supreme Court did not consider § 1059 Abs. 2 Nr. 1 c), based on article 34 (2) (a) (iii) MAL, applicable to the case. In its views, this provision only applies when the award deals with disputes not contemplated by the arbitration agreement, or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of submission to arbitration. The Supreme Court deemed however that the party could still bring its claims to court, on one hand, and that the arbitration tribunal could still render a decision on the costs of the proceedings, on the other.**

Case 709: MAL 7 (1), 8 (1), 16 (1), 16 (3)

Hong Kong: Supreme Court of Hong Kong, High Court [1996] 2 HKC 639 Nanhai West Shipping Co v Hong Kong United Dockyards Ltd 11 December 1996 Judgement in English Abstract prepared by Ben Beaumont

[keywords: *arbitration agreement; arbitration clause; jurisdiction; courts; defences; incorporation by reference; arbitral tribunal; procedure; judicial intervention*]

This case deals with a situation where parties disagree on whether an arbitration agreement between them existed. The plaintiff had sought for the court to determine whether there was an arbitration agreement between the parties for the purposes of MAL 7 (1) and if it existed, to appoint an arbitrator. The defendant, arguing that an arbitration agreement was incorporated by reference, sought a stay of proceedings and an order that the parties be referred to arbitration pursuant to MAL 8 (1). **The Court stated that the party arguing for the existence of an arbitration agreement should make out a prima facie case for the existence and apply for a stay of court proceedings under MAL 8 (1). If and when the case is referred to arbitration, the arbitral tribunal should decide whether it has jurisdiction over that particular dispute pursuant to MAL 16 (1). Such decision may also be challenged under MAL 16 (3).** In this case, the Court found that there was sufficient evidence that an arbitration agreement existed between the parties. Thus it granted the stay of the proceedings and referred the parties to arbitration pursuant to MAL 8 (1). However, the Court struck out the application for the appointment of an arbitrator as the application did not specify any particular dispute and was, therefore, an abuse of process.

Case 778: MAL 16

Egypt: Ad hoc arbitration hosted by the Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration No. 474/2006 7 November 2006 Original in Arabic Unpublished Abstract prepared by Mohamed Abdel Raouf

[**Keywords:** *arbitration agreement; subject-matter of the dispute; jurisdiction; kompetenz-kompetenz*]

The Arab claimant entered into a subcontract with a construction company for the construction of buildings. The latter commenced arbitration proceedings against the company pursuant to the ad hoc arbitration agreement stipulated in the subcontract. During the arbitration proceedings, the respondent challenged the jurisdiction of the Arbitral Tribunal alleging that the arbitration agreement did not determine the matters to be referred to arbitration, and, thus, the arbitration agreement would not be valid unless a submission agreement was concluded between the parties. **The claimant rejected the submission agreement drafted by the respondent stating that the arbitration agreement was a valid document granting the Tribunal the jurisdiction to settle the dispute. Based on article 22 of the Egyptian Arbitration Law [equivalent to MAL 16], the Tribunal held that the arbitration agreement was a valid agreement and that it had jurisdiction to settle the dispute.**

Case 784: MAL 16

Egypt: Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration No. 67/1995 11 August 1996
Published in Arabic English Summary: published in Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2000, p. 153. Abstract prepared by Mohamed Abdel Raouf

[**Keywords:** *arbitration agreement; jurisdiction; kompetenz-kompetenz*]

The parties (two companies with their place of business in the Gulf region) entered into a contract for the sale of jewellery and watches in the country of the claimant. This latter initiated arbitration proceedings in accordance with the arbitration clause stipulated in the contract and referring the potential disputes to arbitration under the Rules of the Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration (CRCICA). **The respondent challenged the jurisdiction of the Arbitral Tribunal because of the invalidity of the arbitration agreement and requested the arbitrators to decide on such plea before hearing the merits of the dispute. The award explicitly referred to Article 21 of the UNCITRAL Arbitration Rules and to Articles 22 of the Egyptian Arbitration Law [equivalent to MAL 16], which states “...In general the Arbitral tribunal should rule on a plea concerning its jurisdiction as a preliminary question.** However the Arbitral tribunal may proceed with the arbitration and rule on such a plea in its final award”. The Arbitral Tribunal, thus, decided to rule on the plea pertaining to its jurisdiction jointly with the merits and to issue only one award.

Sintetizando las resoluciones transcritas, encontramos ciertos parámetros comunes en la forma en que los Jueces de todas las partes del mundo, han aplicado el contenido de los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo, ello con base a la adaptación de dichas disposiciones en su legislación local:

1. Sistemáticamente y en la gran mayoría de los casos, los Jueces remiten a las partes al arbitraje, aún y cuando se litigue la

competencia del tribunal arbitral o incluso si el compromiso arbitral es nulo, ineficaz o de imposible ejecución, básicamente por los efectos del principio *competence-competence*.

2. Cabe hacer mención lo establecido en uno de los casos, mediante el cual, se establece la interacción de los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, es decir una **INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA O ARMÓNICA**, preceptos jurídicos que establecen la restricción de las Cortes (Judiciales) sobre el papel y/o role de los árbitros para decidir si la cláusula arbitral es nula o ineficaz; de hecho, el caso comienza ante la Corte Judicial reclamando la jurisdicción del árbitro, concluyendo su superior, que es un error basar el caso en principios domésticos del arbitraje cuando lo correcto es fundamentarlo en los principios establecidos en la Ley Modelo, ya que claramente establece dicha ley en su artículo 16 la facultad para determinar su propia jurisdicción y el artículo 8 la restricción de a participación de la Corte para determinar, incluso, si el acuerdo arbitral es nulo o ineficaz.
3. La naturaleza del arbitraje parte de la ausencia de la discreción judicial requerida o de la mínima intervención judicial, incluso es política general el favorecer el arbitraje al interior de las Cortes.
4. Los casos en contra de la remisión al arbitraje, por encontrarse bajo la excepción de nulidad, ineficacia o imposible ejecución, son considerados especialísimos, tal y como lo plantea el caso 404: Art.8 (1) MAL, el cual es extraordinario en virtud de la situación que se plantea, como lo es la denegación de justicia por falta de recursos, sin embargo en otro casos, decididos en Alemania, se favorece la remisión al arbitraje, como alternativa primera y/o primera instancia, en cualquier evento, ya que la Corte no pierde su jurisdicción, sino simplemente el momento más correcto, para tratar este tema, será en la ejecución el laudo respectivo.

En este sentido, la posibilidad de que el árbitro tiene de proveer sobre su propia competencia se considera como “una verdadera costumbre internacional de la práctica

arbitral”⁶⁴, incluso el ejercicio por parte de los árbitros del poder para proveer su propias competencia – poder que ya no se discute en materia de arbitraje comercial internacional (Cf. Laudo dictado en el asunto no 2138 en 1974, p. 934)⁶⁵ supone muy frecuentemente la interpretación de las cláusulas compromisorias. En este sentido, la competencia del árbitro para decidir la misma, es un principio esencial y generalmente reconocido por el derecho de Arbitraje⁶⁶, por lo que el principio *Kompetenz-Komptenez* de los árbitros del comercio internacional es un principio tan probado que cada vez se tiene menos en cuenta⁶⁷.

3.4 Código de Comercio.

Los artículos equivalentes a los preceptos 8 y 16 de la Ley Modelo son los numerales 1424 y 1432 del Código de Comercio, mismos que básicamente constituyen una copia fiel a los propios de la Ley Modelo de 1985, los cuales a continuación se transcriben:

<p>Artículo 8 de la Ley Modelo de 1985</p> <p>Artículo 8. <i>Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal:</i></p> <p>1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.</p> <p>2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.</p>	<p>Artículo 1424 Código de Comercio</p> <p>Artículo 1424.-</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p><i>**La única diferencia de fondo versus el artículo de la Ley Modelo, es el momento en que debe hacerse valer la remisión al tribunal arbitral, sin embargo el Código de Comercio es aún más bondadoso, debido a que no establece el mismo, en consecuencia se entiende que en cualquier etapa procesal.</i></p>
<p>Artículo 16 de la Ley Modelo de 1985</p> <p>Artículo 16. <i>Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia</i></p> <p>1) <i>El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del</i></p>	<p>Artículo 1432 Código de Comercio</p> <p>Artículo 1432.-</p> <p><i>El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de</i></p>

⁶⁴ Yves Derains, “Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional”, Imprime Graficas Joaquín Morales, Jesús del Valle, 28, 28004 Madrid, remite dicha obra a (cf. P. Fouchard, op.cit., p.144), p.-101

⁶⁵ Ídem, p.-130.

⁶⁶ Ídem, p.-166, obra que remite a (Clunet, 1974, 913 y ss., especialmente 918).

⁶⁷ Ídem, p.-192.

<p><i>acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no implicará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.</i></p> <p>2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.</p> <p>3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.</p>	<p><i>arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.</i></p> <p>La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada con posterioridad si considera justificada la demora.</p> <p>El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo.</p>
--	---

3.5 Contradicción de Tesis rubro: ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER E 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.

3.5.1 Alcances.

A continuación se transcribe la contradicción de tesis⁶⁸, materia del presente trabajo, a fin de ir analizando elemento por elemento y deducir si la misma tomo en cuenta el sentido y espíritu internacionalista propio del arbitraje, derivado de la ley modelo así como de la interpretación que han sostenido diversas Cortes alrededor del mundo, ello no con un fin destructivo o simplista (“yo tengo la razón y tú no”), sino con un criterio

⁶⁸ Contradicción de Tesis 51/2005-PS. Entre los Criterios sustentados por el Sexto y Décimo Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito.

amplio respecto a la política de favorecer el arbitraje en México, además si la Suprema Corte de Justicia de la Nación asumió y aplicó sus propios criterios de interpretación:

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XXIV, Septiembre de 2006
Tesis: 1a./J. 25/2006
Página: 5

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. 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 1432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aun 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 1424 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 1424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.

Contradicción de tesis 51/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de enero de 2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Tesis de jurisprudencia 25/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de marzo de dos mil seis.

El tema de la contradicción de tesis radica en determinar, si la competencia radica en el juez del Estado o en el tribunal de arbitraje, cuando se demanda ante el primero la nulidad del acuerdo de arbitraje comercial o cláusula compromisoria y el cumplimiento del contrato que las partes decidieron someter el juicio arbitral, entre otros, esto dicho por el Ponente Ministro Juan N. Silva Meza y su Secretario Eligio Nicolás Lerma Moreno, personas que en forma sintetizada exponen la integración de la Contradicción de Tesis de la siguiente manera:

<p>SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. RECURSO DE REVISIÓN 3836/2004 CONSIDERACIONES MEDULARES:</p> <p>Que independientemente de que se hubiere demandado, entre otras prestaciones, la nulidad del compromiso arbitral, así como el cumplimiento del contrato de distribuidor autorizado base de la acción, resulta ajustado a derecho que la Sala responsable declinara la competencia del asunto a favor del Tribunal Arbitral de la Ciudad de México, ya que es incuestionable que tales cuestiones deben resolverse mediante arbitraje, conforme al artículo 1,432 del Código de Comercio y a lo pactado por las partes en la aludida cláusula, en virtud de que ésta implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, y una sumisión expresa de las partes al tribunal arbitral, en términos de lo dispuesto por el artículo 1,092 del Código de Comercio, independientemente de la nulidad del compromiso arbitral que se reclama. Que el solo hecho de que dicho Tribunal conozca de la nulidad planteada por la parte actora en términos del artículo 1,424, no implica en modo alguno que implícitamente se esté decidiendo sobre la validez del acuerdo arbitral, porque en todo caso, la resolución que al respecto dicte el referido tribunal arbitral, no es por sí misma definitiva, al requerirse para tal efecto la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional.</p> <p>Magistrados: Gilberto Chávez Priego. María Soledad Hernández de Mosqueda. Gustavo R. Parrao Rodríguez.</p>	<p>DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. RECURSO DE REVISIÓN 31/2005 CONSIDERACIONES MEDULARES:</p> <p>ARBITRAJE. CUANDO ALGUNA DE LAS PARTES QUE INTERVIENE EN ESE ACUERDO EJERCE LA ACCIÓN PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE RESOLVERLA AL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA Y NO AL ÁRBITRO. Si bien el arbitraje es un procedimiento al que se someten las partes para dirimir un conflicto, y en él se establecen las condiciones a través de las cuales se llevará a cabo la ejecución de la cláusula compromisoria, éste es un contrato autónomo con vida jurídica propia. En tal virtud, al existir diferencia entre ambos conceptos, cuando alguna de las partes que intervinieron en el acuerdo de arbitraje, ejerce la acción prevista en el artículo 1,424, primera parte, del Código de Comercio, corresponde al juez y no al árbitro resolver la acción, ya que dicho precepto le confiere esa competencia, sin que ello pugne con la voluntad de las partes, porque la cláusula compromisoria es independiente de las demás estipulaciones del contrato.</p> <p>Magistrados: Manuel Suárez Fragoso. Víctor Hugo Díaz Arellano. J. Jesús Pérez Grimaldi.</p>	<p>EL PROYECTO PROPONE: Que si existe contradicción de tesis; el criterio que debe prevalecer es el contenido en la siguiente tesis:</p> <p>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 contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.</p>
--	---	--

“El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, por unanimidad de votos, al resolver el once de noviembre de dos mil cuatro, el recurso de revisión 3836/2004, interpuesto por la parte tercera perjudicada ADT Security Services, Sociedad Anónima de Capital Variable, en contra de la sentencia dictada en la audiencia constitucional del juicio de amparo indirecto, destacada en el punto anterior, revocó la misma, para en su lugar negar a la quejosa el amparo y protección de la Justicia Federal.

Las consideraciones medulares que sustentan ese fallo, son las siguientes:

- 1.- Que no asiste razón al juez de Distrito, al estimar que cuando se demanda la nulidad del acuerdo arbitral no puede remitirse a las partes al arbitraje.
- 2.- Que de los artículos 1,424 y 1,432 del Código de Comercio, y 26 del Reglamento de Arbitraje, aunado a lo dispuesto en la cláusula 18.8 del Contrato de Distribuidor Autorizado, celebrado entre LDC, Sociedad Anónima de Capital Variable, quejosa, y ADT Security Services, Sociedad Anónima de Capital Variable, se desprende 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.
- 3.- Que dicha remisión se hará a menos que se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.
- 4.- Que la cláusula de arbitraje es independiente de las demás estipulaciones del contrato del que forma parte.
- 5.- Que el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de las objeciones respecto de la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje.
- 6.- Que las partes contendientes acordaron que todo litigio o reclamación resultante del Contrato de Distribuidor Autorizado, o relativo al mismo, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolvería definitivamente mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.
- 7.- Que independientemente de que se hubiere demandado, entre otras prestaciones, la nulidad del compromiso arbitral pactado en la cláusula transcrita, así como el cumplimiento del contrato de distribuidor autorizado base de la acción, resulta ajustado a derecho que la Sala responsable declinara la competencia del asunto a favor del Tribunal Arbitral de la Ciudad de México, ya que es incuestionable que tales cuestiones deben resolverse mediante arbitraje, conforme a los dispositivos legales transcritos y a lo pactado por las partes en la aludida cláusula, en virtud de que ésta implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, y una sumisión expresa de las partes al tribunal arbitral, en términos de lo dispuesto por el artículo 1,092 del Código de Comercio, independientemente de la nulidad del compromiso arbitral que se reclama.
- 8.- Que el solo hecho de que dicho Tribunal conozca de la nulidad planteada por la parte actora, no implica en modo alguno que implícitamente se esté decidiendo sobre la validez del acuerdo arbitral, porque en todo caso, la resolución que al respecto dicte el referido tribunal arbitral, no es por sí misma definitiva, al requerirse para tal efecto la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional.

Por su parte el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, por unanimidad de votos, al resolver el primero de marzo de dos mil cinco, el recurso de revisión 31/2005, interpuesto por la parte tercera perjudicada Servicio Electrónico Digital, Sociedad Anónima de Capital Variable, en contra de la sentencia dictada en la audiencia constitucional del juicio de amparo indirecto, destacada en el punto anterior, revocó la misma para en su lugar negar a la quejosa el amparo y protección de la Justicia Federal. Las consideraciones medulares que sustentan ese fallo, son las siguientes:

1.- Que resultan fundados los argumentos de la recurrente en los que aduce que al haber entablado la acción prevista en el artículo 1,424 del Código de Comercio, el juez de primera instancia en el juicio natural conocerá y resolverá sobre la nulidad del compromiso arbitral.

2.- Analizó y definió los conceptos “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral” conforme a la doctrina jurídica.

3.- Que el artículo 1,424 del Código de Comercio establece en forma expresa 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. Que la hipótesis del precepto legal conduce a establecer que respecto de la acción de nulidad de un acuerdo de arbitraje, un juez será el competente para decidir sobre esa nulidad, si se ejerce la acción ante él, empero tal acción no impide que se inicien o continúen las actuaciones arbitrales e incluso se puede dictar el laudo en tanto esté pendiente ante el juez la decisión de la nulidad, como lo dispone el mismo precepto legal.

Que si la parte demandada en el juicio de origen solicitó la nulidad del acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria ante el juez entonces éste será el competente para resolver tal controversia, por virtud de disposición expresa del artículo 1,424 del Código de Comercio.

4.- Que no obsta a la anterior conclusión, que el artículo 1,432 del Código de Comercio prevea la facultad del tribunal arbitral para conocer sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje, porque la parte actora en el juicio natural optó para decidir sobre la nulidad planteada el acudir al órgano jurisdiccional de primera instancia, como lo autoriza el artículo 1,424 del Código de Comercio.

5.- Que es conveniente puntualizar que el hecho de que se someta la nulidad a la decisión del juez del origen, como lo autoriza el artículo 1,424 del Código de Comercio, ello no afecta la voluntad de las partes, ya que debe establecerse que una cuestión jurídica es el acuerdo de arbitraje y otras diversas las que surjan con motivo de ese acuerdo de voluntades que son precisamente las que se someterán al arbitraje, e incluso el artículo 1,432 establece que la cláusula compromisoria se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.

6.- Que es incorrecta la determinación del juez Federal, al establecer que con independencia de que se hubiere demandado la nulidad del compromiso arbitral pactado, así como el cumplimiento del contrato base de la acción, resulta competente un tribunal arbitral, ya que la cláusula implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, y una sumisión expresa de las partes al tribunal arbitral, en términos de lo previsto en el artículo 1,092 del Código de Comercio, con independencia de la nulidad del compromiso reclamado; ya que el juez Federal no tomó en consideración la hipótesis prevista en el artículo 1,424 del Código de Comercio, que establece en forma expresa que de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje será competente el juez, cuando así se ejerza la acción, y que en el caso la ahora recurrente ya había entablado la acción de nulidad.

7.- Que en suma de lo expuesto, si bien el arbitraje es un procedimiento al que se someten las partes para dirimir un conflicto, y en él establecen las condiciones a través de las cuales se llevará a cabo la ejecución de la cláusula compromisoria, este es un contrato autónomo con vida jurídica propia. En tal razón, al existir diferencia entre ambos conceptos, cuando alguna de las partes que intervinieron en el acuerdo de arbitraje, ejerce la acción prevista en el artículo 1,424 primera parte, del Código de Comercio, corresponde al juez y no al árbitro resolver la acción, ya que dicho precepto le confiere esa competencia, sin que ello pugne con la voluntad de las partes, porque la cláusula compromisoria es independiente de las demás estipulaciones del contrato.

Al advertir la incompatibilidad de criterio con el del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, contenido en la ejecutoria de once de noviembre de dos mil cuatro, en el recurso de revisión 3836/2004, con fundamento en el artículo 197-A de la Ley de Amparo hizo la denuncia correspondiente a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De la resolución que se destaca en este apartado surgió la tesis aislada, que se identifica y lee como sigue:

Novena Época

Instancia: DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XXI, mayo de 2005

Tesis: I.10o.C.50 C

Página: 1416

"ARBITRAJE. CUANDO ALGUNA DE LAS PARTES "QUE INTERVIENE EN ESE ACUERDO EJERCE LA "ACCIÓN PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL "ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, "CORRESPONDE RESOLVERLA AL JUEZ DE "PRIMERA INSTANCIA Y NO AL ÁRBITRO. Si bien "el arbitraje es un procedimiento al que se someten "las partes para dirimir un conflicto, y en él se "establecen las condiciones a través de las cuales "se llevará a cabo la ejecución de la cláusula "compromisoria, éste es un contrato autónomo con "vida jurídica propia. En tal virtud, al existir "diferencia entre ambos conceptos, cuando alguna "de las partes que intervinieron en el acuerdo de "arbitraje, ejerce la acción prevista en el artículo "1,424, primera parte, del Código de Comercio, "corresponde al juez y no al árbitro resolver la "acción, ya que dicho precepto le confiere esa "competencia, sin que ello pugne con la voluntad "de las partes, porque la cláusula compromisoria "es independiente de las demás estipulaciones del "contrato".

Amparo en revisión 31/2005. Servicio Electrónico Digital, S.A. de C.V. 1o. de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretaria: Martha Patricia Solano Hernández."

Una vez determinada la competencia la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, califica que dichos criterios son contradictorios entre sí, y a pesar de que uno de ellos no se hayan formalizado en jurisprudencia, o en "tesis", esto es irrelevante debido a lo dispuesto por los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 197 y 197-A de la Ley de Amparo, mismos que establecen que basta con que las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito, al dictar resoluciones en asuntos de su competencia sustenten criterios diferentes sobre un mismo punto de derecho, para que proceda decidir cuál es el que deba prevalecer.

En este sentido, la Primera Sala comienza su análisis en definir el arbitraje, haciendo mención que el "arbitraje es una institución jurídica en virtud de la cual las partes entre las que existe una controversia, deciden que la resolución de la misma no venga por la participación de los jueces estatales sino de la actuación de árbitros, quienes decidirán la pendencia siguiendo la ley y el procedimiento elegido por éstas. Que el arbitraje es la facultad o potestad dada a las partes por la ley, de sustraer las controversias

que las separan del conocimiento de los Tribunales del Estado, sometiéndolas a jueces elegidos por ellas y que se denominan árbitros. Los árbitros reciben sus facultades directamente de las partes; sólo con relación a éstas reciben el carácter de jueces, y no pueden pronunciarse más que sobre las cuestiones que ellas les propongan. La posibilidad de apartar la justicia estatal de la intervención en una causa y de poder someterla a arbitraje, es una manifestación del derecho que tienen los particulares, **de poder renunciar a sus derechos subjetivos y de establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse.**

Por otra parte, no se desconoce que la doctrina jurídica ha establecido diferencias entre lo que denominan “Cláusula Compromisoria” y “Compromiso Arbitral”, empero, la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil el veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y cinco, **que si bien no constituye derecho interno**⁶⁹, fue la base de nuestra actual legislación en materia de arbitraje comercial, en su capítulo II, se refiere a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral como “Acuerdos de Arbitraje”.

Dicha convención no solamente equipara la cláusula compromisoria al compromiso arbitral conceptualmente, llamándoles “acuerdos”, sino que también les otorga los mismos efectos jurídicos, que son la facultad de poder apartar al juez estatal, del conocimiento de las controversias que surjan en virtud de contratos donde tales cláusulas se encuentren insertas.

La importancia de la convención internacional⁷⁰ en comento radica en que, como se dijo antes, la Legislación de nuestro País, adoptó el mismo sistema o concepto en las reformas al Código de Comercio, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de julio de mil novecientos noventa y tres, al definir los distintos conceptos para el entendimiento del Arbitraje Comercial regulado en el Título Cuarto, particularmente en los artículos 1,416 y 1,423.

*Continúa la Sala con su análisis en el sentido de que también debe recordarse, que la disyuntiva que se presenta, consiste en determinar lo que jurídicamente debe ocurrir en estos casos, en que una de las partes ejerce la acción de nulidad de la cláusula compromisoria, y a su vez la relativa al cumplimiento del contrato donde aquélla se encuentra **¿Quién tiene competencia para decidir sobre la acción de nulidad de la cláusula compromisoria y del cumplimiento del contrato, el juez estatal o el árbitro?***

⁶⁹ En primera instancia pareciera correcta la calificación que establece la Primera Sala de la SCJN, sin embargo simplista debido a que no toma en cuenta que el artículo 8, deriva del artículo II.3 de la Convención de Nueva York de 1958, el cual es un Tratado Internacional vigente y aplicable para México por su sistema Monista de adaptación, cuyas disposiciones han sido calificadas como autoaplicativas, artículo que es complementado por el artículo 16 de la Ley Modelo en comento, los cuales, la comunidad internacional ha establecido la situación de que ambos deben aplicarse de manera complementaria y no independiente, esto podría ser calificado como costumbre internacional y por consecuencia, tanto el Tratado Internacional citado y la mencionada fuente de derecho internacional, son de aplicación interna en términos de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969, tal y como fue expuesto en el apartado correspondiente del presente documento.

⁷⁰ Particularmente califica la Primera Sala la Ley Modelo citada como una convención internacional, lo cual sinceramente genera confusión, porque de ser así, es vinculante para el derecho interno mexicano y por consecuencia la forma en que es interpretado dichos artículos de manera internacional debe ser tomado en cuenta.

De lo hasta ahora expuesto, y abordando el tema preciso de la contradicción, se advierte que una excepción a la regla general de competencia de los árbitros, se presenta en casos como el que nos ocupa, que ante el órgano jurisdiccional se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que dicho acuerdo o cláusula compromisoria se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, ya que en ese caso será necesaria una decisión judicial previa sobre la acción de nulidad, pues en tanto que la jurisdicción y la competencia de los árbitros provienen de la autonomía de la voluntad de las partes, si cualquiera de éstas alega por ejemplo, la existencia de vicio de la voluntad en el acto que otorga dicha jurisdicción, la acción de nulidad alegada debe resolverse por el órgano jurisdiccional. Tal es el sentido del artículo 1,424 del Código de Comercio, que se lee como sigue:

"ARTÍCULO 1,424.- 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".

Este precepto supone que una de las partes someta el diferendo sobre un asunto a la decisión del órgano jurisdiccional; que el asunto de que se trate sea objeto de un acuerdo de arbitraje; que alguna de las partes pida la remisión del asunto al arbitraje. En esta forma natural de ejercicio de la acción de cumplimiento o cualquiera derivada del contrato que contiene la cláusula compromisoria, el juez debe remitir a las partes al juicio arbitral.

Por la forma en que está redactado el transcrito precepto, ***pareciera*** que solamente vía reconvencción o excepción puede hacerse valer que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Empero, debe tenerse presente que el Código de Comercio, en el artículo 1,417 fracción III, señala que las disposiciones contenidas en el título del Arbitraje Comercial, referidas a una demanda, se entenderán referidas a la reconvencción; su texto es el siguiente:

***ARTÍCULO 1,417.- Cuando una disposición del "presente título:
"III. Se refiera a una demanda, se aplicará también a "una reconvencción, y cuando se refiera a una "contestación se aplicará asimismo a la "contestación a esa reconvencción, excepto en los "casos previstos en la fracción I del artículo 1441 y "el inciso a) de la fracción II del artículo 1449. Lo "anterior, sin perjuicio de la decisión de los árbitros "sobre su competencia para conocer de la "demanda y de la reconvencción".***

De ahí que también vía acción pueda hacerse valer ante el órgano jurisdiccional que el acuerdo de arbitraje es nulo ineficaz o de ejecución imposible, como ocurrió en los asuntos resueltos por los tribunales colegiados que participan en esta contradicción, en que además se demandó el cumplimiento del contrato, particularmente el de distribuidor autorizado sometido al arbitraje.

Ahora bien, cuando se ejerce no sólo la acción derivada o relativa al cumplimiento del contrato, sino también la nulidad de la cláusula compromisoria, como ocurre en la especie, el juez conserva jurisdicción sólo para decidir la acción de nulidad. Tan es así que del segundo párrafo se entiende que mientras la cuestión esté pendiente –se refiere a la relativa a que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible– se pueden iniciar o proseguir las actuaciones ante el árbitro, lo cual indica que el órgano jurisdiccional, sólo tiene competencia para resolver la cuestión relativa a la impugnación del acuerdo arbitral o cláusula compromisoria ejercida en vía de acción, mas no de las demás acciones atinentes al cumplimiento del contrato, quedando a salvo los derechos de las partes, para que en términos del segundo párrafo del artículo 1,424 que se comenta, puedan iniciar las actuaciones arbitrales por lo que se refiere al diferendo que derive del referido cumplimiento del contrato.

No se puede entender de otra forma el que se diga que se puedan iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales, que incluso supone que iniciado el juicio arbitral, se pueda ejercer ante el órgano jurisdiccional competente la acción relativa a que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

La interpretación anterior no significa dividir la continencia de la causa, si como ya se dijo antes, la propia ley establece la autonomía del acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria del contrato que le da origen, según se establece entre otros de los artículos 1,416 fracción I, y 1,432, primer párrafo, del Código de Comercio, transcritos en otro apartado de este considerando, los que revelan que la cláusula compromisoria se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.

La interpretación que se hace del artículo 1,424 del Código de Comercio no se contrapone con el contenido del artículo 1,432 del mismo ordenamiento legal, pues si bien en éste también se otorga competencia al tribunal arbitral para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo arbitral que necesariamente, de prosperar han de concluir con la declaración de nulidad del acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria, sino que se trata del establecimiento en ley de una figura especial, en tanto que se confiere al órgano jurisdiccional juez del Estado, lo mismo que al tribunal arbitral, la idoneidad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos. Empero, la elemental lógica jurídica indica que ejercida la acción correspondiente en determinada vía, esto es, ante el juez del Estado órgano jurisdiccional, o bien ante tribunal arbitral, no puede a la par o con posterioridad ejercerse la otra, de donde se obtiene que las reglas de competencia dispuestas en ambos preceptos 1,424 y 1,432 se excluyen entre sí, como también se excluye la posibilidad de

someter el diferendo a la decisión del juez federal cuando ya se sometió al juez del orden común o viceversa.

Además, no debe soslayarse que existe en el derecho interno una indudable retención de *imperium* del órgano jurisdiccional estatal sobre el arbitral, entendido el *imperium* como el atributo propio de la jurisdicción, que faculta a los jueces para impartir las órdenes de coerción requeridas para el cumplimiento de sus resoluciones. Basta imponerse del contenido de los artículos que conforman el Título Cuarto del Código de Comercio relativos al arbitraje comercial, para darnos cuenta que aunque las partes hayan acordado ajustarse a las reglas del procedimiento arbitral, **ha de reconocerse la existencia del debido control judicial sobre ese arbitraje, a fin de revisar toda posible transgresión de disposiciones de esa naturaleza.**

Así por ejemplo, fuera de la interpretación que se ha dado de los artículos 1,424 y 1,432, tenemos que el artículo 1,422 establece la división de competencias entre el juez de primera instancia federal o del orden común, para el reconocimiento y ejecución del laudo, entre otros; el artículo 1,425 establece la posibilidad de que antes de las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, el juez pueda dictar medidas cautelares que le soliciten las partes; por su parte el artículo 1,427, en las fracciones III, IV y V, encomienda diversas acciones al juez, algunas inapelables, referidas en su mayoría a la designación del árbitro cuando no exista acuerdo entre las partes; mientras que en los artículos 1,429 y 1,430, existen reglas sobre la recusación e impedimento de los árbitros que en determinados casos son resueltas en definitiva por el órgano jurisdiccional; a su vez, el artículo 1,444, prevé la posibilidad de que el juez asista al tribunal arbitral en el desahogo de las pruebas. Sobre todo, debe destacarse lo ya expuesto en otro apartado de esta sentencia, **que incluso cuando las partes decidan someter el diferendo sobre la existencia o validez del acuerdo de arbitraje al tribunal arbitral, en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, la resolución definitiva e inatacable queda a cargo del órgano jurisdiccional si lo solicitan las partes dentro del plazo de treinta días a que se notifique la decisión del tribunal arbitral.** Finalmente, no debe perderse de vista que el artículo 1,457 del Código de Comercio otorga competencia al órgano jurisdiccional, no al tribunal arbitral, para anular los laudos arbitrales, entre otros, cuando la parte que intente la acción pruebe que alguna de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido.

En conclusión la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que debe prevalecer con carácter de jurisprudencia la tesis que dice:

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

De los argumentos sostenidos por la Primera Sala, destacan las siguientes consideraciones:

- 1.** Cae en la tentación el Poder Judicial Federal de conservar una jurisdicción exclusiva en un tema muy superado a nivel internacional, es decir asumió el criterio de constituirse en poder soberano, autónomo e independiente (desbordante y exagerado) ya que no toma en cuenta, la naturaleza del arbitraje mercantil consistente en la mínima intervención del poder judicial y en la posibilidad de que las partes decidan el procedimiento más ad hoc para dirimir sus controversias, ello en virtud de estar legal y plenamente facultados para renunciar a dichos derechos subjetivos.
- 2.** Viola la autonomía y/o separabilidad de la cláusula arbitral, ya que deja entrever que si un litigante demanda cuestiones de fondo del contrato, pero a la vez la nulidad, es competente exclusivo el Juez de la causa.
- 3.** Viola la lógica de negocios y la naturaleza propia del derecho mercantil, ya que las partes no desean litigar multijuicios, además de que no se toma en cuenta de que el derecho mercantil es un derecho consuetudinario, ya que está basado en la tradición y costumbre de los comerciantes, misma que se refleja en el principio *competence-competence*, un derecho progresivo y global internacionalizado, que significa que al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas, el derecho mercantil se

actualiza en consecuencia, además de que ejercen gran influencia organizaciones internacionales, que aplicado esto en el arbitraje, las instituciones arbitrales tanto nacionales como internacionales indican el camino a seguir en la pregunta que se plantean los ministros, en relación a *¿Quién tiene competencia para decidir sobre la acción de nulidad de la cláusula compromisoria y del cumplimiento del contrato, el juez estatal o el árbitro?* y la respuesta contundente expresada en los Reglamentos de dichas Instituciones y en la jurisprudencia emitida por las mismas, es remitir al Tribunal Arbitral el asunto para su tramitación, esto después de un examen del Juez *prima facie, preliminar y/o previa*, interpretándose los artículos de la remisión y el de la facultad del árbitro para decidir su propia competencia de manera conjunta, sin distinguir el hecho de que se demande la nulidad ante una instancia judicial o incluso si el tribunal arbitral no estuviese integrado.

4. Promueve y justifica tácticas dilatorias procesales (chicanas). Al abrir esta puerta a los litigantes, genera un efecto vicioso, más volumen innecesario a la institución, es decir un balazo en el pie.
5. Genera una instancia procesal indebida, ya que el artículo 1424 del Código de Comercio, 8 de la Ley Modelo sobre el Arbitraje de 1985 y II.3 de la Convención de Nueva York, uniformemente establecen la competencia del Juez en razón y/o con base de que una de las partes solicite la remisión al arbitraje, si el Juez decide no acceder, es porque verifico (el Juez únicamente y no las partes mediante un juicio) que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de imposible ejecución, de lo contrario, si el Juez no se percata, de ahí la frase *prima facie*, de dichos vicios en el acuerdo arbitral, debe remitir al arbitraje. Adicionalmente a lo anterior, el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958, establece, aunque en forma tácita, que el momento procesal para impugnar la nulidad del acuerdo arbitral es cuando se ejecute el laudo.
6. Al aplicarse el criterio de que el Juez únicamente es competente para decir la acción de nulidad ejercitada ante su foro, genera un par de consecuencias finas, la primera deja sin efectos lo dispuesto por el artículo 1432 del Código de Comercio y la segunda, pudiera ser violatorio a lo que la doctrina francesa llama el efecto negativo del acuerdo arbitral (efecto

que establece la prohibición de los jueces locales de conocer el asunto materia del arbitraje), mismo que está contenido en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York de 1958, Artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975, Artículo 2022 del TLCAN en virtud de que dicho criterio no promueve y facilita el recurso de arbitraje, de igual forma, el mismo no se ajusta a las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958 y Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975, ello por las consideraciones anteriormente señaladas, incluso el criterio en comento es contrario a los usos y prácticas internacionales, ampliamente mencionados en apartados anteriores, debido a que ***elimina el efecto vinculante del pacto arbitral***, por lo tanto es contrario al Estado de Derecho aplicar un criterio jurisprudencial obligatorio y vinculante que tenga como consecuencia la directa violación a las disposiciones establecidas en los Tratados Internacionales citados, ya que en todo caso, el criterio a seguir será el de la jerarquía de los Tratados Internacionales sobre una norma local interna que fue materia de interpretación de su máximo Poder Judicial.

7. Mínima y/o nula aplicación del derecho internacional privado, en particular no toma en cuenta la Convención de Nueva York de 1958, su forma de interpretación, así como los textos preparatorios y aplicación de la Ley Modelo sobre Arbitraje de 1985 a nivel mundial, su jurisprudencia y en general la costumbre internacional sobre el arbitraje internacional.
8. Se aparta de propios principios de interpretación, como se analizará más adelante en el apartado ¿Interpretación absoluta?, posibilidades hacia una nueva interpretación. En tratándose de figuras jurídicas internacionales, lo más maduro e inteligente sino se desea eliminar el efecto de una figura internacional, es utilizar un sistema de interpretación que permita rastrear e incorporar el avance de dicha figura jurídica en el mismo plano internacional y no aplicar criterios localistas, tal y como fue decidido en el caso Case 18: MAL 5;8; 16 Canada: Ontario Court of Justice-General Division (Henry J.) 1 March 1991, Rio Algom Limited v. Sammi Steel Co. Original in English, en donde establece la INTERACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 8 y 16 de la Ley Modelo sobre arbitraje internacional de 1985,

decidiendo que es incorrecto aplicar criterios locales en el arbitraje en vez de aplicar aquellos que se encuentran en dicha Ley Modelo, ya que el artículo 16 (1432 del Co.Co.) prevé la facultad del tribunal arbitral de decidir cuestiones sobre su propia competencia y el artículo 8 (1424 Co.Co.) restringe a la corte involucrarse en una determinación incluso si el pacto arbitral es nulo o de imposible ejecución.

9. En conclusión, la actitud de la Primera Sala de la SCJN, parte de la idea de conservar plena jurisdicción para los casos de nulidad, ineficacia o imposible ejecución, previo al arbitraje ó durante este, aislándose de (i) las interpretaciones efectuadas alrededor del mundo en casos similares, decisiones de fácil acceso, con la única limitante del idioma, pero accesibles al fin y al cabo y (ii) de la Jurisprudencia de prestigiadas y reconocidas instituciones arbitrales internacionales, como fruto de lo anterior, frena inconscientemente el desarrollo del arbitraje dejando totalmente a un lado la política interna de favorecer el arbitraje desde el seno propio del máximo poder judicial en el país.

Como consecuencia de lo anterior, los *MINISTROS OLGA SANCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS Y JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ*, formulan voto de minoría, en relación con la Contradicción de Tesis **51/2005-PS, SUSCITADA ENTRE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS SEXTO Y DÉCIMO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO**, misma que se describe a continuación:

“Los suscritos ministros disentimos del sentido de la resolución de mayoría, pues consideramos al respecto lo siguiente:

Ante la disyuntiva que se presenta en la presente contradicción de tesis 51/2005-PS, consistente en determinar lo que jurídicamente debe ocurrir en los casos en que una de las partes ejerce la acción de nulidad de la cláusula compromisoria y, a su vez, la relativa al cumplimiento del contrato donde aquélla se enuncia, ha surgido la interrogante de ¿quién tiene competencia para resolver sobre la acción de nulidad de la cláusula compromisoria y del cumplimiento del contrato, el juez estatal o el árbitro?

Para dar respuesta a la cuestión planteada es ineludible realizar un análisis exhaustivo acerca de cuál es el origen, rumbo y limitaciones de la cláusula compromisoria.

En los tiempos actuales, el crecimiento demográfico; la concentración de la población y el aumento del tráfico de negocios y servicios han llegado a tal grado que el Estado se ha visto en la necesidad de permitir la posibilidad de instaurar ciertos procedimientos alternos que resuelvan determinados conflictos que se suscitan en la sociedad.

Así, la creación de estos procedimientos como medios e instrumentos alternos para la solución de controversias se ha debido a la noción del Estado en el sentido de que la acción de administrar e impartir justicia es una atribución establecida en aras de satisfacer el interés y la protección de los particulares, puesto que su finalidad primordial es garantizar pródigamente el acceso a la justicia de sus gobernados. Luego entonces, no debe entenderse que tal atribución de administrar e impartir justicia es única y exclusiva de los jueces o tribunales estatales, pues la propia legislación instituye el derecho de los particulares de someter determinados conflictos a alguno de los referidos procedimientos alternos de solución de controversias, siempre que éstas no impliquen cuestiones propiamente de orden o interés público.

Es oportuno destacar que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en sus artículos 615, 53 y 15, distingue claramente aquellos negocios que implican cuestiones propiamente de orden o interés público y, por consiguiente, ***no son sometibles***, por pacto o acuerdo entre las partes, al poderío de algún medio o instrumento ajeno a la jurisdicción propiamente del Estado, éstos son:

- a) El derecho a recibir alimentos;
- b) Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias;
- c) Las acciones de nulidad de matrimonio;
- d) Los asuntos concernientes al estado civil de las personas, con la excepción de aquellos derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, salvo aquellos casos que el código señale lo contrario (Art. 339 del Código Civil para el Distrito Federal).
- e) Las facultades del representante común derivadas de la existencia de un litisconsorcio, siempre y cuando le fueran concedidas expresamente por los litisconsortes.
- f) Los relativos a la deducción realizada por el comunero respecto de las acciones relativas a la cosa común, sin el consentimiento unánime de los demás condueños.

De los preceptos legales anteriormente referidos, se demuestra que aquellos asuntos o negocios relativos a la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral no constituyen de manera alguna cuestiones propiamente de orden o interés público, puesto que de ningún modo atentan contra la moral o las buenas costumbres, ni tampoco se oponen a la libertad de las acciones o de conciencia de los gobernados y mucho menos soslayan los principios jurídicos del Estado.

Ahora bien, el arbitraje al ser el medio alternativo de solución de controversias con mayor desarrollo, demanda e instauración en el ámbito mercantil, tanto en la esfera nacional como internacional, representa un instrumento viable y eficaz por el cual los particulares pueden valerse para resolver

determinadas controversias que no impliquen cuestiones propiamente de orden o interés público y prescindir así del accionar del Poder Judicial del Estado.

En efecto, la resolución que pone fin al conflicto en un procedimiento arbitral no deriva propiamente de tribunales o jueces estatales, sino de aquel sujeto de derecho privado, tercero e imparcial al negocio, que es elegido voluntariamente por las partes, a través de un acuerdo por escrito, mediante el cual deciden desplazar, total o parcialmente, la potestad del Estado a aquél elegido que es denominado árbitro o tribunal arbitral para que conozca del asunto y resuelva determinadas o determinables controversias derivadas del mismo.

Cabe precisarse que el arbitraje requiere necesariamente para su sustanciación la expresión de la voluntad de las partes, pues si no existe ésta mediante acuerdo arbitral, por escrito, donde se manifieste su intención de someter determinada o determinable disidencia al poderío de un árbitro o tribunal arbitral designado, no es posible admitir la practicidad de dicho medio o instrumento alternativo para solución de tales controversias.

Ahora bien, cabe mencionar que algunos tratadistas suponen que el pacto o acuerdo arbitral puede constituirse antes o después del conflicto; esto es, distinguen a la cláusula compromisoria como el pacto realizado previamente al nacimiento de la controversia y al compromiso arbitral como aquél que se realiza después de nacida ésta.

Sin embargo, con el propósito de unificar el tratamiento jurídico de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral, **la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, relativa al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales, en su artículo segundo, numeral primero, establece que "Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje"**. Asimismo, en su subsecuente numeral segundo, ordena que "La expresión "acuerdo por escrito" denotara una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

Al respecto, **la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 establece en su artículo primero que "Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil"**. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex".

Así, de las convenciones aludidas, sin importar la posible diferenciación conceptual que pueda existir entre una cláusula compromisoria y un compromiso arbitral, se aprecia que ambos conceptos

persiguen un mismo fin, esto es, permitir que ciertas y determinadas o determinables controversias puedan ser resueltas por un árbitro o tribunal arbitral designado por las partes.

Ahora bien, debe aclararse que toda actuación del árbitro o tribunal arbitral, en tanto existe la posibilidad de que resuelva determinado o determinable conflicto, es decir, ejerza una cierta jurisdicción, no se equipara, en lo absoluto, a la función jurisdiccional del Estado, puesto que ésta última surge de lo acogido por nuestra Ley Suprema y, por consiguiente, es genérica y permanente; en cambio, la jurisdicción arbitral se supedita, indiscutiblemente, a la voluntad de los particulares, consecuentemente, ésta es siempre determinada y temporal; lo dicho, pues, la jurisdicción arbitral, no es posible sustanciarse sin la expresión de la voluntad de las partes, esto es, la manifestación de las mismas de someter determinada o determinable disputa, mediante pacto expreso, al poderío arbitral. De ahí que sea inconcuso que un árbitro o tribunal arbitral de ningún modo podrá pronunciarse respecto de aquellas cuestiones que no hayan sido estrictamente convenidas por las partes o que sean propiamente de orden o interés público.

Deben destacarse dos aspectos fundamentales del acuerdo de arbitraje, primero: La validez y el reconocimiento de la jurisdicción cierta y determinada del árbitro o tribunal arbitral designado por las partes y, segundo: La incompetencia de los jueces o tribunales estatales para conocer de aquellos conflictos que hayan sido explícitamente sometidos a procedimiento arbitral.

En esta tesitura, para dilucidar lo que jurídicamente debe ocurrir en los casos en que una de las partes ejerce la acción de nulidad de la cláusula compromisoria y, a su vez, la relativa al cumplimiento del contrato donde aquélla se enuncia, es de apreciarse que el arbitraje, en el ámbito internacional, se ha pronunciado en el sentido de que sólo los árbitros que las partes han convenido, explícitamente, por escrito, en el acuerdo arbitral, son quienes, única y exclusivamente, deben resolver toda controversia, suscitada o suscitable, incluyendo aquélla que pueda suscitarse respecto de la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral.

Por consiguiente, algunos de los reglamentos, en el ámbito internacional, con mayor relevancia, ordenan:

I. El artículo 23 de las reglas de la London Court of International Arbitration dispone:

"El tribunal arbitral tendrá el poder para decidir sobre su propia jurisdicción, incluyendo cualquier objeción a la validez o existencia inicial o posterior del pacto arbitral".

II. El artículo 15 de los reglamentos de la American Arbitration Association establece:

"El tribunal tendrá la facultad de decidir sobre su propia competencia, incluyendo cualesquiera objeciones con respecto a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje".

III. El artículo 21, numeral 2, del reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial ordena que:

"El Tribunal Arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del convenio de arbitraje".

- IV. El artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CUDMI o UNCITRAL) señala:

"El Tribunal Arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado".

- V. El artículo 16 de la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CUDMI o UNCITRAL) prevé:

"El Tribunal Arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del convenio de arbitraje".

- VI. El artículo 6, sección 2 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional instituye:

"Si alguna de las partes objeta la cláusula arbitral, será el tribunal de arbitramento designado por las partes el que decida acerca de su propia jurisdicción".

Al respecto, la legislación mexicana, en el artículo 1432 del Código de Comercio, establece:

"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. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria..."

Por lo anteriormente expuesto, debe apreciarse que uno de los principios fundamentales del arbitraje es la aplicación primaria y predominante de la ley instituida por las partes, puesto que sólo, en aquellas cuestiones sobre las cuales nada hubiesen pactado, podrán aplicarse, de manera subsidiaria, las normas de procedimiento previstas en la legislación interna del país, es decir, la ley aplicable al lugar, el cual se ha constituido como foro arbitral.

Así, el artículo 1424 del Código de Comercio, mismo que establece: *"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..."*, **no debe interpretarse en el sentido absurdo de que los jueces o tribunales estatales son los únicos competentes para resolver sobre la acción de nulidad ejercida por alguna de las partes respecto de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral, pues si, explícitamente, las partes convienen por escrito, dentro del**

acuerdo arbitral correspondiente, que toda controversia suscitada o suscitable, incluyendo aquella relativa a la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberá ser resuelta, única y exclusivamente, por el árbitro o tribunal arbitral designado, pues se evidencia que la voluntad de las partes tiene como inminente propósito renunciar a la jurisdicción del Estado.

Finalmente, al surgir todo procedimiento arbitral del sano albedrío de las partes, es decir, de su voluntad expresa, en pleno uso de sus facultades, de subyugar, total o parcialmente, determinado o determinable conflicto, a la jurisdicción de un árbitro o tribunal arbitral, se demuestra la intencionalidad de las partes de prescindir del Poder Judicial del Estado.

De tal forma que toda resolución emitida por jueces o tribunales estatales que recaiga sobre cuestiones que no sean propiamente de orden o interés público y que, además, hayan sido explícitamente encomendadas al poderío exclusivo de un determinado árbitro o tribunal arbitral, incluyendo toda cuestión relativa a la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral, acabaría violentando el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de modo tan alarmante, que se vería pisoteado tanto su sano albedrío como la razón de existencia de todo procedimiento, medio o instrumento alterno que intente, de manera justa, viable y eficaz, dar solución al sinnúmero de conflictos que se suscitan en el creciente tráfico de negocios y servicios en la sociedad de hoy.”

La argumentación de los Ministros disidentes es muy sólida y contundente y la misma fundamenta y concreta las consideraciones enumeradas anteriormente, sin embargo, (1) se considera que no se hace un análisis más profundo y detallado sobre las fuentes internacionales, sobre todo la parte de la jurisprudencia internacional, usos y prácticas internacionales contenidas en los Reglamentos de Arbitraje, ello a pesar de citarlos, se deja a un lado el cómo se ha venido interpretando y aplicando el tema de la Contradicción de la Tesis en la vida real a nivel mundial, por lo que la riqueza generada se tira a la borda y (2) no debe quedarse la inconformidad de los Ministros en la elaboración y publicación del voto de minoría, sino más bien y con un ánimo propositivo, ejercer su facultad de solicitar al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la modificación de la jurisprudencia establecida mediante la Contradicción de Tesis en comento, ello con fundamento en los artículos 194 último párrafo y 197 cuarto párrafo de la Ley de Amparo en vigor:

Para la modificación de la jurisprudencia se observarán las mismas reglas establecidas por esta ley, para su formación.

Las Salas de la Suprema Corte de Justicia y los ministros que las integren y los Tribunales Colegiados de Circuito y los magistrados que los integren, con motivo de

un caso concreto podrán pedir al Pleno de la Suprema Corte o a la sala correspondiente que modifique la jurisprudencia que tuviesen establecida, expresando las razones que justifiquen la modificación; el Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en las cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195.

3.5.2 ¿Interpretación absoluta?, posibilidades hacia una nueva interpretación.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualmente emplea los siguientes métodos de interpretación⁷¹:

1. Literal o gramatical: se basa en el significado literal de las palabras con que la ley está redactada.
2. Sistemática o de interpretación armónica: consiste en determinar cuál es el sentido y el alcance de un precepto cuando este es relacionado con los otros preceptos de la ley a la que pertenece.
3. Lógico: obliga a interpretar la ley conforme a la recta razón.
4. De interpretación auténtica: pretende desentrañar el sentido de la ley mediante el descubrimiento de lo que el legislador deseaba al momento de redactar la norma.
5. Causal-teleológico: obliga a tener en cuenta cuales pudieron haber sido las causas y los fines que se tuvieron en mente para crear la ley.
6. Progresivo: fuerza a recurrir "al estudio comparativo de las condiciones jurídicas que prevalecían al expedirse la Constitución Política del cinco de febrero de mil novecientos diecisiete, en relación con las existentes actualmente.
7. Genético-teleológico: tiende a desentrañar cuales fueron las causas que motivaron reformas a la Constitución Federal.

Al respecto, se desprende que el método de interpretación utilizado en la Contradicción de tesis es el literal o gramático, veamos la parte conducente:

La interpretación que se hace del artículo 1,424 del Código de Comercio no se contrapone con el contenido del artículo 1,432 del mismo ordenamiento legal, pues si bien en éste también se otorga competencia al tribunal arbitral para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo arbitral que necesariamente, de prosperar han de concluir con la declaración de nulidad del acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria, sino que se trata del establecimiento en ley de una figura especial, en tanto que se confiere al órgano jurisdiccional juez del Estado, lo mismo que al

⁷¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, "La Jurisprudencia su integración", primera edición: Agosto de 2004, Primera reimpresión, Noviembre de 2004, México 2004, pp.-13.14.

*tribunal arbitral, la idoneidad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos. Empero, **la elemental lógica jurídica indica que ejercida la acción correspondiente en determinada vía, esto es, ante el juez del Estado órgano jurisdiccional, o bien ante tribunal arbitral, no puede a la par o con posterioridad ejercerse la otra, de donde se obtiene que las reglas de competencia dispuestas en ambos preceptos 1,424 y 1,432 se excluyen entre sí,** como también se excluye la posibilidad de someter el diferendo a la decisión del juez federal cuando ya se sometió al juez del orden común o viceversa.*

Pareciera ser que los Ministros comienzan por aplicar el método sistemático o de interpretación armónica, el cual consiste en determinar cuál es el sentido y el alcance de un precepto cuando está relacionado con otros preceptos de la ley, esto por lo que se refiere a las primeras siete líneas del párrafo anterior al afirmar que el artículo 1424 del Código de Comercio, no se contrapone con el contenido del artículo 1432 del mismo ordenamiento legal, sin embargo, bruscamente cambia el sentido de esto, debido a que afirma que ambos artículos son excluyentes uno del otro, en consecuencia cambia de método de interpretación ya que los Ministros sostienen que la elemental lógica jurídica indica que ejercida la acción correspondiente en determinada vía, esto es, ante el Juez del Estado órgano jurisdiccional o bien ante el tribunal arbitral, no puede a la par o con posterioridad ejercerse la otra, de donde se obtiene que las reglas de competencia dispuestas en ambos preceptos 1,424 y 1432 se excluyen entre sí, como también se excluye la posibilidad de someter el diferendo a la decisión del juez federal cuando ya se sometió al juez del orden común o viceversa, claramente este cambio súbito del método sistemático o de interpretación armónica al lógico y literal, omite la naturaleza del arbitraje, en particular deja a un lado el efecto negativo de la cláusula arbitral, es decir viola la obligación de remitir a las partes al arbitraje, además de que pasa por alto la jurisprudencia internacional citada en apartados anteriores, específicamente dos casos, el primero el transcrito bajo la nomenclatura: Case 509: MAL 8; 16(1); 35; 36(1); 36(2) y el segundo transcrito bajo la nomenclatura Case 18: MAL 5; 8; 16, mismos que en la parte conducente establecen que en casos donde no sea claro, es preferible dejar cualquier controversia relativa a la existencia y validez del pacto arbitral al tribunal arbitral para que lo determine en primer instancia conforme al artículo 16 de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional, artículo 1432 del Código de Comercio y de nueva cuenta la interdependencia e interacción entre los artículos 8 y 16 de dicha Ley Modelo, artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, en donde la sentencia parte del supuesto de una acción legal interpuesta ante la Corte Judicial reclamando la jurisdicción del árbitro, en donde se demostró, vía apelación, que la decisión había sido errónea debido

a la aplicación de principios locales y/o domésticos del arbitraje, cuando deberían de ser aplicados aquellos principios derivados de la ley modelo, que en lo particular el artículo 16 de la Ley Modelo citada establece la facultad del tribunal arbitral en decidir su propia competencia y el 8 del mismo ordenamiento en restringir la participación y/o involucramiento de la Corte Judicial en la determinación incluso si la clausula arbitral es nula y/o inoperante, dicho de otra forma, son dos artículos básicos para limitar la participación de las Cortes Judicial, íntimamente conectados entre sí y no como incorrectamente se cita en la Contradicción de Tesis, ya que incluso se incorpora un ejemplo procesal meramente interno y aplicable a México, por lo tanto dichos artículos no se excluyen entre sí, al contrario se complementan.

En conclusión, el método de interpretación idóneo para este caso, sin lugar a dudas es el conocido como sistemático o de interpretación armónica, ya que el artículo 1424 está íntimamente ligado con el contenido del artículo 1432 del Código de Comercio, además de que con este método de interpretación se favorece al sistema arbitral, por ser una figura especial, de naturaleza internacional, los criterios aplicables son los derivados de su propia naturaleza y no los propios del proceso local jurisdiccional, incluso podría tomarse como base otro método de interpretación para fortalecer la anterior idea, es decir el causal-teleológico, ya que las causas y fines que se tuvieron para incorporar el arbitraje en México se hizo, tal y como se describe en la exposición de motivos de la reforma al Código de Comercio respectiva, recopilando y adoptando, toda la experiencia y riqueza del arbitraje internacional contenida en la Ley Modelo, en este sentido, se hacen propios de igual forma los criterios internacionales que derivan de dicho instrumento internacional.

3.5.3 Implicación Procesal.

Desde un punto de vista respecto de la actividad judicial, el ejercicio de las acciones se ve regido por lo dispuesto en el artículo 1377 del Código de Comercio, numeral que establece lo siguiente:

“Artículo 1377.- Todas las contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las leyes mercantiles, se ventilarán en juicio ordinario.”

Por lo anterior resulta claro que la tramitación de las acciones que no sean especialmente señaladas por el código de comercio dentro de un procedimiento especial se tramitarán en juicio ordinario mercantil, de este precepto legal se desprende que la nulidad de los contratos y sus cláusulas se ventilan ante los tribunales judiciales en la vía ordinaria mercantil en ejercicio de la acción de nulidad de un contrato mercantil.

En cuanto al procedimiento judicial establecido dentro del numeral 1377 del Código de comercio, se observan las siguientes etapas:

- 1.- Demanda por el actor:*
- 2.- Contestación de demanda por el demandado y en su caso reconvencción.*
- 3.- Vista al actor con la contestación de demanda. (3 días)*
- 4.- Contestación a la vista dada al actor con la contestación de demanda (3 días) y contestación de la reconvencción (9 días).*
- 5.- Periodo probatorio. (Cuarenta días), los diez días primeros para el ofrecimiento de pruebas y los restantes para su desahogo.*
- 6.- Periodo de alegatos.*
- 7.- Sentencia.*
- 8.- Recurso de apelación (en caso de ser procedente)*
- 9.- Juicio de Amparo Directo.*

Ahora bien, como se ha señalado, este procedimiento se relaciona y basa en la hipótesis normativa contenida dentro del artículo 1377 del Código de Comercio, el cual como es obvio, encuentra su fundamento en nuestra Constitución General de la República Mexicana.

Por una parte el artículo 17 de nuestra Constitución Federal establece que nadie puede hacerse justicia por propia mano, así como lo relativo a que nadie puede ser privado del derecho a que se le administre justicia mediante los tribunales previamente establecidos para ello por el Estado.

Lo anterior da sustento a la procedencia y competencia que asumen los tribunales del estado en materia jurisdiccional o judicial en cuanto a poder conocer de la nulidad de los contratos, convenios y/o cláusulas en las que se establece algún pacto arbitral.

En efecto, de lo establecido por el artículo 17 de la Constitución Federal, se desprenden garantías, derechos e instituciones que protegen a cualquier persona dentro del

territorio Nacional en cuanto a que el Estado, mediante sus instituciones, administra justicia pronta, expedita por conducto de los tribunales, judiciales o administrativos, previamente establecidos para ello, por lo que constitucionalmente hablando y en relación con las leyes secundarias un juez puede asumir competencia en términos de lo dispuesto por el artículo 1377 del Código de Comercio, cuando a éste se someta para su conocimiento la acción de nulidad de un contrato, convenio y/o cláusulas que contenga pacto arbitral, lo cual en concordancia con el numeral Constitucionales que se han señalado en relación con los preceptos 3, 4, 75, 76, y 1377 éstos del Código de Comercio, dan facultades al juzgador a asumir competencia respecto de la cuestión efectivamente planteada ante él mediante el ejercicio de la acción de nulidad de convenio, contrato y/o cláusula que contenga el pacto arbitral ejercitada en la vía ordinaria mercantil, esto es así en atención a que se ubica dentro de las hipótesis normativas de dichos numerales y por virtud a que el Constituyente de 1917 abolió la renuncia de derechos, instituciones, principios, dogmas y garantías constitucionales por parte de los ciudadanos o personas bajo la tutela constitucional, esto a fin de preservar el orden público.

Dado lo señalado dentro de los párrafos precedentes, es de establecerse que los tribunales judiciales pueden asumir competencia para conocer de los conflictos que se susciten dentro de un convenio, acuerdo de voluntades, y su contenido, a mayor razón por virtud a que en tal caso se demanda la nulidad del pacto arbitral contenido dentro del contrato o convenio motivo y objeto de la litis de nulidad, por lo que en tal caso es de seguirse el procedimiento ordinario mercantil para determinar si existe o no nulidad de alguna de sus cláusulas y por ende del pacto arbitral en su caso.

Del resultado del análisis citado, es claro que los Jueces tienen la facultad legal para conocer de los casos de nulidad, sin embargo existen condicionantes en el caso del arbitraje, a saber, el momento procesal oportuno para que un Juez conozca de la nulidad del caso y las características subjetivas particulares, es decir la notoriedad de la nulidad, resulta pues que en el tema del arbitraje, el momento procesal oportuno en términos del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 es cuando se ejecute el laudo y la notoriedad de la nulidad, se genera por virtud de la costumbre internacional, ambas fuentes jerárquicamente superior a la legislación federal materia de la interpretación y por lo tanto aplicables preferentemente.

3.6 Conclusión preliminar.

Es claro que la interpretación de la SCJN es incorrecta, ya que la interpretación del artículo 1424 debe ser SISTEMÁTICA Y ARMÓNICA con relación al artículo 1432 ambos del Código de Comercio, de tal forma que ambos preceptos sean aplicados conjuntamente, para que el Juez remita al arbitraje por ser una facultad del tribunal arbitral y porque es preferente, más no exclusiva, su decisión, incluso el ponente hace suyas las conclusiones realizadas por el Dr. Francisco González de Cossío, en su artículo denominado “EL ARBITRAJE Y JUDICATURA. ¿*QUIS CUSTODIET CUSTODES?*”,⁷² las cuales hago propias y adiciono tal y como se aprecia a continuación:

1. Viola uno de los principios de derecho arbitral más añejos e importantes; el principio *compétence-compétence*- mismo que está contenido en el artículo 1432 del Código de Comercio-. Esto sin lugar a dudas es contrario a la Jurisprudencia Internacional, incluso recientemente la Corte de Casación de Francia (Suprema Corte de Francia)⁷³ ha confirmado y redefinido el alcance del principio *Competence-Competence* de los árbitros en Francia.

A pesar de que la resolución deriva del contexto de una disputa local, la misma aplica igualmente a disputas internacionales, misma que transcribo a continuación, en la parte conducente:

*“The case arose from a claim brought in a commercial court by the liquidator of a franchise, seeing to annul or rescind the franchise agreement. The franchisor relied on the arbitration clause in the franchise agreement to challenge the court’s jurisdiction and requested that the dispute be referred to arbitration. He based his objection on article 1458 of the French Code of Civil Procedure (CCP), which requires a court to decline jurisdiction if the dispute has not yet been submitted to arbitration, except when the arbitration agreement is manifestly null or – as this exception has been interpreted previously by the Supreme Court– **“manifestly inapplicable”**. The commercial court refused to decline jurisdiction in favor of arbitration after finding that the dispute turned on the validity of the franchise agreement while the arbitration clause applied only to disputes relating to the interpretation and performance of the contract, not its validity. The Court of Appeal upheld that decision. The Supreme Court quashed the appeals court decision, ruling that there was no finding that the arbitration clause was either manifestly void or manifestly inapplicable. The Supreme Court also found that the mere finding by the commercial court clause was limited to disputes concerning the interpretation and performance of the franchise agreement was insufficient to set aside the rule that the arbitrator is the first judge of his jurisdiction, as provided for in article 1458. The decision gives no direction to help arbitrators decide on the applicability of the arbitration clause. **Instead, the***

⁷² González Martín Nuria, Rodríguez Jiménez Sonia, Coordinadoras, Arbitraje Comercial Internacional, Autor Francisco González de Cossío, “EL ARBITRAJE Y JUDICATURA. ¿*QUIS CUSTODIET CUSTODES?*”, Editorial Porrúa México, UNAM, México, 2007, p.-99-100

⁷³ Dispute Resolution Journal, American Arbitration Association, May-July, 2008, pp.-10-11.

ruling focuses mainly on the courts' obligation to decline jurisdiction (rather than on the exception to that obligation (which is already minimal, as it applies only if the arbitral tribunal is not yet constituted). The ruling reinforces the effectiveness of arbitration agreements under French law. Under the interpretation given by the Supreme Court, as soon as there is a chance that the arbitration clause is applicable, courts should defer to arbitrator. In addition, the arbitration clause gives arbitrators not only a monopoly to rule on the dispute, but also an almost absolute monopoly to rule their jurisdiction.

2. Es violatoria del espíritu y mecánica del artículo 1424 del Código de Comercio, y II.3 de la Convención de Nueva York, sin dejar de mencionar que adicionalmente es violatorio al Artículo V de la citada Convención Internacional, al artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975 y al Artículo 2022 del TLCAN.
3. Amputa los efectos de la frase: “*El tribunal Arbitral estará facultado para decidir sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje*”, contemplada en el tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio. Ello viola el principio de interpretación *ut mgis valeat quam pereat* (un texto debe ser interpretado de tal forma que se le dé efecto). Al respecto incluso la propia SCJN se aparta de sus propios criterios interpretativos aplicando criterios localistas a una figura internacional.
4. Inventa (improvisa) aun otra instancia de revisión por el juez de la jurisdicción del árbitro (además de poderla revisar al final y durante, también lo podrá hacer al inicio). Esto podría ser calificado como violatorio al artículo V de la Convención de Nueva York de 1958, debido a que claramente dicha convención establece el momento procesal para impugnar dicha situación, a saber a la emisión del Laudo correspondiente.
5. Es contraria al artículo 1421 del Código de Comercio.
6. Merma el deseo de las partes de contar con un procedimiento arbitral no judicializado, violando la autonomía de la voluntad de las partes, principio máximo consagrado en derecho mercantil, tal y como lo establece el artículo 78 del Código de Comercio, el cual cita que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

4.1 En el ámbito judicial.

4.1.1 En procedimientos de arbitraje internacional con sede en México.

Sin lugar a dudas, al momento en que una de las partes conozca que el contrato que contenga una cláusula arbitral se ha judicializado, es decir una de las partes ha demandado la nulidad del pacto arbitral ante un juez, solicitar la remisión al arbitraje vía incidental. Si dentro del desahogo del incidente no es favorable y el Juez determina competencia en su Sentencia Interlocutoria, promover Amparo Indirecto contra dicha resolución, incorporando en su capítulo de conceptos de violación, la inconstitucionalidad de los artículos 1424 y 1432 en virtud de que son violatorios de los artículos II.3 de la Convención de Nueva York de 1958, 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975, y 2022 del TLCAN y en consecuencia por la JERARQUÍA de los tratados internacionales deben ser honrados primeramente. Si dicha Sentencia ante el Juzgado de Distrito no es de nueva cuenta favorable, interponer recurso de revisión, adecuando los agravios a los razonamientos expuestos por su inferior, remarcando la JERARQUÍA de los Tratados Internacionales para efectos de la inconstitucionalidad, haciendo valer el incumplimiento al artículo 89 Fracción X de la Constitución General, por violarse uno de los principios normativos en la conducción de la política exterior mexicana, a saber la solución pacífica de controversias, con ello la Suprema Corte de Justicia podrá asumir competencia para analizar dicho recurso de revisión, en términos de los artículos 83 y 84 de la Ley de Amparo.

La idea general es que al asumir la Suprema Corte de Justicia de la Nación competencia y al decidir el caso el Pleno, si su decisión es contraria y adopta los argumentos citados, en consecuencia se interrumpiría la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis materia del presente estudio, lo anterior en términos del artículo 10 Fracción II inciso a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Por otro lado, solicitar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que emitieron el Voto de Minoría, ejerzan la facultad derivada de los artículos 194 y 197 de la Ley de Amparo, en relación a la modificación y/o interrupción del criterio jurisprudencial contenido en la Contradicción de Tesis materia del presente trabajo, ello con base a los argumentos propios del voto citado así como aquellos descritos en el párrafo anterior.

4.1.2 En procedimientos de arbitraje nacional con sede en México.

Resulta complicado utilizar la argumentación citada en el apartado anterior para el caso de los arbitrajes nacionales, ya que los Tratados Internacionales citados tiene por objeto el regular propiamente a los arbitrajes internacionales, por lo que no se propone solución judicial alguna para arbitrajes nacionales con sede en México.

4.2 En el ámbito de la voluntad de las partes.

Tanto para procedimientos de arbitraje internacional o nacional:

1. **Procedimiento Convencional.** Las partes pueden incorporar en su contrato, un procedimiento convencional para decidir asuntos relativos a la nulidad del pacto arbitral, ello bajo la condición y/o supuesto de que el Juez asuma competencia para dicho caso; esta solución pretende minimizar el impacto debido a la falta de remisión al arbitraje por parte del Juez, lo cual es posible atendiendo al contenido de los artículos 1052 y 1053 del Código de Comercio, para quedar redactada la cláusula arbitral de la siguiente forma (se toma como ejemplo la cláusula modelo del CAM):

“Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), por uno o más árbitros nombrados conforme a dichas Reglas, teniendo como sede la Ciudad de México, D.F. y el idioma aplicable el español.”

En caso de que una de las partes decida acudir al Juez para reclamar la nulidad, ineficacia o ejecución imposible del pacto arbitral y el Juez no remita al arbitraje, por cualquiera que fuere la causa, las partes acuerdan que dicha nulidad, ineficacia o ejecución imposible deberá sujetarse al siguiente procedimiento convencional:

1. *La demanda deberá interponerse ante el Juez de Distrito competente del domicilio del demandado.*
2. *El demandado contará con 5 días hábiles para contestar la Demanda.*
3. *Serán admisibles todas los medios de prueba establecidos en el Código de Comercio, debiéndose desahogar los mismos en un periodo no mayor a 15 días hábiles, transcurrido dicho tiempo, a petición de las partes y/o de oficio, se tendrá por concluido el mismo y se aperturará el periodo de alegatos, en el cual las partes tendrán 1 día hábil para formular y presentar los mismos.*
4. *La sentencia no admitirá recurso de apelación.*

2. **Cambio de Sede.** Se propone que la cláusula arbitral tenga como sede un lugar distinto a México, tomando en consideración que dicho lugar sea amigable y cuente con una política de cumplimiento en materia arbitral, como ejemplo Canadá; lo cual tendría como consecuencia que el Juez competente para decidir las cuestiones de nulidad, ineficacia o ejecución imposible del pacto arbitral, será el del lugar de la sede del arbitraje, lo cual generaría, en la mayoría de los casos, la instrucción de remitir a las partes al arbitraje tal y como se aprecia en la serie de casos estudiados anteriormente bajo el rubro de jurisprudencia internacional.

Hay que tener el *cuidado y due diligence* debido al adoptar esta solución, ya que en caso de no remitir a las partes al arbitraje, se le concede una ventaja procesal a la parte extranjera litigante, por otorgarle el foro de su país, por lo que deben de tomarse en cuenta los efectos colaterales que esta solución pudieran generar.

4.3 En el ámbito legislativo:

4.3.1 Propuesta de reforma a los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio.

Dichos artículos son la base para darle un efecto más sólido al efecto negativo del pacto arbitral, por lo que al no ser el ámbito de estudio de la presente tesis, la complicación política y legal que implica reformar el Código de Comercio, la propuesta de iniciativa de reforma quedaría integrada de la siguiente manera:

Artículo 1424.- *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 cualquier de ellas, a excepción de que el Juez compruebe que dicho acuerdo sea **notoriamente** nulo, ineficaz o de ejecución imposible. El presente artículo es complementario a lo establecido en el artículo 1432.*

*Artículo 1432.- 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. **En caso de que una de las partes demande ante el Juez la nulidad, ineficacia o ejecución imposible del pacto arbitral, el Juez de la causa remitirá el asunto al arbitraje excepto si dicho pacto es notoriamente nulo, ineficaz o de imposible ejecución.** A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada con posterioridad si considera justificada la demora. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo.*