



**lobo & graham**

firma de abogados

## Crónica de jurisprudencia mexicana en materia arbitral: 2006-2008

Después de la desafortunada decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo relativo del principio de kompetenz-kompetenz, los dos últimos años fueron significativos para la promoción del arbitraje en México. De las varias tesis publicadas, no cabe duda que estamos muy cercanos de un nuevo principio general de derecho en materia arbitral, a saber el de la “celeridad” (I). Sin embargo, en lo que se refiere al problema de la kompetenz-kompetenz, no queda claro en cual dirección se mueven los tribunales federales (II).\*\*

**James A. Graham**  
lobo & graham

Después de la desafortunada decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo relativo del principio de *kompetenz-kompetenz*, los dos últimos años fueron significativos para la promoción del arbitraje en México. De las varias tesis publicadas, no cabe duda que estamos muy cercanos de un nuevo principio general de derecho en materia arbitral, a saber el de la “celeridad” (I). Sin embargo, en lo que se refiere al problema de la *kompetenz-kompetenz*, no queda claro en cual dirección se mueven los tribunales federales (II).<sup>\*\*</sup>

### I. – La celeridad como principio general del derecho mexicano del arbitraje

Como lo dice el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el procedimiento arbitral se caracteriza por “la celeridad, practicidad y expeditéz”. En efecto, “ello encuentra justificación en el hecho de que el arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias, surge entre otras razones para dar una mayor celeridad a las diferencias que se suscitan en el ámbito comercial, en razón de los costos y tiempos mayores que en ocasiones puede implicar a los comerciantes la sustanciación del procedimiento judicial, pues éste, a diferencia del arbitraje, hace recurribles las resoluciones que en él se dictan, mientras que las dictadas en los procedimientos arbitrales no son objeto de recurso alguno, circunstancias que los hace más rápidos y expeditos, ya que lo que buscan las partes que se someten al arbitraje es la rapidez, la economía y la imparcialidad.”

Sin embargo, se sabe que en la práctica, la celeridad del procedimiento arbitral se ve frenada por los múltiples incidentes ante las jurisdicciones estatales, especialmente en materia de nulidad y de ejecución del laudo. Con el fin de poner un freno a las acciones dilatorias, los tribunales federales han precisado varios aspectos.

#### a) El caso Radio Monitor

El primer paso hacia la elaboración del principio de celeridad se dio en 2007, cuando la SCJN estableció en el caso de Radio Centro que no procede recursos contra las resoluciones incidentales.<sup>1</sup> En efecto, el artículo 360 del CFPC establece por su parte que una vez que se haya promovido el incidente se le correrá traslado a las partes por tres días y en caso de que las partes no promovieren pruebas ni el tribunal las estimare necesarias, se citará para una audiencia de alegatos dentro de los tres días siguientes. Sin embargo, si se promoviere prueba o el tribunal la considerare necesaria se abrirá una dilación probatoria de diez días y se verificará la audiencia correspondiente y cinco días después se dictará resolución. En la práctica la sustanciación de este incidente suele alargarse debido a que si bien su resolución no es apelable, los autos, decretos e interlocutorias han sido objeto de apelación y con ello el procedimiento dura varios meses al cabo de los cuales su decisión si bien no es apelable si es susceptible de recurso de amparo lo que convierte al procedimiento de reconocimiento y ejecución en un procedimiento que se suele alargar hasta dos años en detrimento de la celeridad que se espera del arbitraje.

En estas circunstancias, la SCJN ahora ha decidido que en virtud de la “celeridad, practicidad y expeditéz” que se le debe dar al procedimiento arbitral, estas características se le deben imprimir también al procedimiento de sustanciación para lo cual debe seguirse la regla procesal conforme a la cual “sólo serán recurribles los autos, decretos o interlocutorias si lo es la sentencia definitiva”; de ahí la SCJN concluye que si en este caso, la disposición del Art. 1430, segundo párrafo, del Código de Comercio establece expresamente que la resolución no será objeto de recurso alguno

<sup>\*\*</sup> Varias partes de la presente newsletter provienen de la siguiente obra redactada con Leonel Pereznieta Castro: *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Limusa (a publicarse febrero 2009) así como del blog: <http://adidem.blogspot.com/>.

<sup>1</sup> Amparo directo en revisión 1225/2006.- Grupo Radio Centro, S.A. de C.V. y otros.- 30 de enero de 2007.- Mayoría de ocho votos; votó en contra Genaro David Góngora Pimentel, (Ausente Mariano Azuela Güitrón).- Impedida: Olga Sánchez Cordero de García Villegas.- Ponente: Juan N. Silva Meza.

tampoco lo serán admisibles “las resoluciones intermedias u otras dictadas en esos procedimientos”. Así se evitará hacia el futuro que la parte que se opone al reconocimiento o ejecución del laudo utilice la sustanciación del incidente para demorar su resultado.

b) El caso Enrique Autrique Gómez y otra.

En 2008, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito estableció que en el mismo juicio de reconocimiento y homologación del laudo arbitral, en la vía incidental, pueda analizarse el tema de la procedencia del pago de daños y perjuicios, como una acción que tiene su causa de pedir en el hecho de que se haya dado la imposibilidad para cumplir con la sentencia que reconoció la ejecución del laudo.<sup>2</sup> En otras palabras, en el caso que el ejecutado no cumpliera con lo ordenado en la sentencia que reconoce y homologa el laudo dentro del plazo señalado por el Juez, deberá realizarse en vía de apremio; si se trata de una condena de no hacer, el ejecutado, por la naturaleza del derecho, podrá pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si ello fuere posible, y a costa del ejecutado y, en su caso, el pago de daños y perjuicios.

Ahora bien, el problema es que el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio no contiene disposición alguna que establece cómo debe procederse en relación con la ejecución de un laudo cuando existe una imposibilidad jurídica o material para darle cumplimiento en sus términos. En este supuesto, nos dice la presente tesis, corresponde realizar la aplicación analógica de las normas contenidas en el Código Civil Federal al que remite el primer ordenamiento invocado, a saber la aplicación del artículo 2104 del Código Civil Federal, que a su vez establece que quien estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, así como el que contravenga una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención y, motiva que ante cualquier obstáculo que dificulte o haga imposible la ejecución del laudo, aun en el caso de falta de responsabilidad del deudor ejecutado, pueda reclamarse en la vía incidental, y no en un nuevo juicio, este pago.

En esas condiciones, resulta factible que en el mismo juicio de reconocimiento y homologación del laudo arbitral, en la vía incidental, pueda analizarse el tema de la procedencia del pago de daños y perjuicios, como una acción que tiene su causa de pedir en el hecho de que se haya dado la imposibilidad para cumplir con la sentencia que reconoció la ejecución del laudo.

## II. El principio de la competencia de la competencia del tribunal arbitral impugnado

En 2006, una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha provocado muchas inquietudes al considerar que solo los tribunales estatales tienen jurisdicción para conocer de la nulidad del acuerdo arbitral.<sup>3</sup> Esta decisión<sup>4</sup>, como lo veremos más adelante afecta de forma

<sup>2</sup> Amparo en revisión 117/2008. Enrique Autrique Gómez y otra. 19 de mayo de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

<sup>3</sup> Graham, Mexican Supreme Court decisions on the authority of courts over arbitration agreements and the enforcement of awards, 13 *IBA's Newsletter Arbitration* 1, 29. Perezniето & Graham, Some recent decisions on Kompetenz-Kompetenz and related issues, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006.131, [www.med-arb.net](http://www.med-arb.net); Perezniето & Graham, Mexican Supreme Court Rejects the Principle of Kompetenz-Kompetenz, *Arbitration*, 2006.388; Graham & Leal-Isla, Commentaire sous Cour Suprême du Mexique, 30/3/2006, *Revue de l'arbitrage*, 2006.1039. Perezniето & Graham, Chroniques de jurisprudence Mexicaine, *Revue d'arbitrage*, 2005.775; Perezniето & Graham, CNUDMI Model Law Related Case Law, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2004.190, [www.med-arb.net](http://www.med-arb.net); Perezniето & Graham, *Arbitration News, Mexico Update*, American Bar Association, 2005.

directa al principio de la kompetenz-kompetenz. En otras palabras, se debilita la competencia arbitral (A) para extender la competencia judicial (B), y una tesis reciente no permite claramente ver un cambio de dirección (C).

#### A – La competencia arbitral

El derecho arbitral mexicano otorga al tribunal arbitral no solo competencia obligatoria para las partes, sino también le da la facultad de la kompetenz-kompetenz; es decir, el poder de pronunciarse sobre su propia competencia.<sup>5</sup> En efecto, el artículo 1432 del Código de comercio faculta el tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

A primera vista parecería contradictorio que un tribunal arbitral que es el producto de un acuerdo arbitral pueda constituirse para pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo; en efecto, si el acuerdo es nulo, se podrá considerar que nunca existió. Esta fue la posición de la SCJN en su fallo, el que constituye un precedente obligatorio para los tribunales inferiores. En efecto, este alto tribunal concluyó:

*[...] 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.*

No compartimos este punto de vista, por las siguientes razones: la SCJN equivoca su enfoque al asimilar al acuerdo arbitral al contrato siendo que se trata de convenios diferentes. No es fácil para quien no conoce el arbitraje, hacer esta distinción. En el derecho arbitral existe la opinión generalizada –de tribunales y doctrina- en el sentido de que acuerdo arbitral y contrato son convenios diferentes y no es requisito previo conocer si el contrato es válido para de ahí derivar la validez de la cláusula. Esto implica que el tribunal arbitral puede perfectamente constituirse y acto seguido declarar que el contrato es nulo e incluso declarar la nulidad del propio acuerdo arbitral. Por otro lado, el principio kompetenz-kompetenz que rige al acuerdo arbitral no implica una incompetencia absoluta del juez estatal a pronunciarse también sobre la cuestión. En efecto, el multimencionado principio solo es una regla cronológica y no de jerarquía, que indica que el árbitro es el primero en ser llamado a pronunciarse a través de un laudo. Después, si las partes lo quieren así, el juez estatal intervendrá en el momento que le corresponde y que es durante el recurso de nulidad en contra del laudo cuando se alegue falta de competencia.

Sin embargo es menester señalar que esta regla de prioridad no es absoluta en la medida que el artículo 1424 establece también la posibilidad de plantear la cuestión de la validez de la cláusula compromisoria ante los tribunales judiciales antes que el árbitro se haya pronunciado sobre su propia competencia. Como lo veremos más adelante, opinamos que se trata solo de un control *prima facie* de la validez del acuerdo arbitral lo que no deroga al principio de la kompetenz-kompetenz.

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Graham, Tijerina, Leal-Isla, *Guía práctica para el arbitraje comercial internacional*, Lazcano, 2005.48.

## B – La incompetencia judicial

Si el tribunal arbitral es competente para pronunciarse sobre el acuerdo arbitral, lógicamente el tribunal judicial tiene que ser incompetente (a). Sin embargo, cabe una duda muy seria sobre esta incompetencia de principio en presencia de una acción judicial en razón de una alegada nulidad del acuerdo arbitral (b).

### *a) Incompetencia de principio*

El artículo 1424 del Código de comercio prevé la obligación para el juez de remitir a las partes al arbitraje en presencia de un acuerdo arbitral. La legislación mexicana prevé así el principio de la incompetencia de los tribunales judiciales cuando existe un acuerdo arbitral. Sin embargo, el mismo artículo 1424 del Código de comercio también establece que este principio de incompetencia desaparece cuando una parte compruebe que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Se debe tratar, como lo veremos más adelante, solo de una facultad de control *prima facie*.

### *b) La excepción del acuerdo arbitral nulo*

La hipótesis del artículo 1424 del Código de comercio consiste en que una de las partes puede presentar el fondo del asunto ante el órgano jurisdiccional para que resuelva la controversia y entonces el juez tiene la obligación de remitir a las partes al arbitraje salvo que el acuerdo sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Sin embargo, en un caso inédito<sup>6</sup>, la parte no presentó el fondo del asunto sino la propia cuestión de la nulidad del acuerdo arbitral ante la autoridad judicial. El Juez Segundo de Distrito en Materia Civil en el DF resolvió que la demanda de nulidad del acuerdo es tácitamente parte del presupuesto del artículo 1424 del Código de comercio y que consecuentemente no se puede remitir al arbitraje hasta que se resuelve sobre la nulidad o no del acuerdo arbitral. Sin embargo, no se trataba de saber si la hipótesis de una demanda de nulidad del acuerdo arbitral entra en el presupuesto del artículo 1424, sino que en realidad se trata de saber cual es el valor del principio de la kompetenz-kompetenz, tal como lo dispone el artículo 1432 del Código de comercio. En efecto, éste justamente establece que es el tribunal arbitral el que debe pronunciarse sobre la validez del acuerdo. Es en este sentido que expresó el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito<sup>7</sup>, consagrando así la kompetenz-kompetenz exclusiva a favor del tribunal arbitral. Sin embargo, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito tuvo otro punto de vista<sup>8</sup>, estableciendo una competencia concurrente, en el sentido de que el tribunal estatal tiene competencia para pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo en el presupuesto del artículo 1424, sin que esto constituya una violación del artículo 1432 en la medida que el artículo 1424 autoriza al tribunal arbitral para continuar con sus actuaciones mientras se resuelve el procedimiento judicial. Poco tiempo después del fallo del Décimo Tribunal, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito también se pronunció sobre la cuestión<sup>9</sup>. Para los magistrados, se trató de un problema de competencia de los tribunales judiciales. Es decir, si una parte solicita que el tribunal estatal se pronuncie sobre el caso en el que existe la nulidad del acuerdo arbitral la otra parte reclama la remisión del caso al arbitraje en razón de la aparente validez del acuerdo arbitral. En estas condiciones, el juez debe decidir si es competente o no para examinar el asunto. En razón de la contradicción de posiciones entre los Tribunales Colegiados, el caso se reenvió ante la Suprema Corte la que –erróneamente en nuestra

<sup>6</sup> Amparo 556/2004-I, 11/8/04.

<sup>7</sup> Recurso en revisión, RC 3836/2004, 11/11/2004.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Amparo en revisión. RC 14/2005. ADT Security Services. 19/5/2005.

opinión- resolvió a favor de la competencia judicial. Es importante que veamos un fragmento de la sentencia en la que, como se puede apreciar, además de la confusión antes anotada, ese máximo órgano no logra desprenderse del fuerte contenido estatista en la impartición de justicia:

“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 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 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”.

No cabe duda en nuestra opinión, que, como lo ha fallado el Segundo Distrito en Materia Civil en el DF, el artículo 1424 incluye tácitamente la posibilidad de pedir al juez estatal solo la nulidad del acuerdo arbitral, sin embargo, al contrario de la opinión del Segundo Distrito, se trata de un control *prima facie* y en caso de duda tiene que remitir al tribunal arbitral. Sin embargo, en el derecho legislado mexicano no existe disposición alguna que se refiera a una verificación de principio o *prima facie* que le permita al juez pronunciarse en un sentido determinado, por lo que hay que recurrir a la jurisprudencia en materia de amparo y ahí analizar lo que ésta considera la “apariencia de buen derecho”. En efecto, existe tesis<sup>10</sup> que nos dice que de acuerdo a la teoría de la apariencia del buen derecho “existe la posibilidad de conceder la suspensión del acto reclamado cuando es evidente que en relación con el fondo del asunto asiste un derecho al quejoso que hace posible anticipar con cierto grado de acierto que obtendrá la protección federal que busca...”. Dicho en otras palabras, la apariencia del buen derecho apunta a una credibilidad objetiva y sería que descarte una pretensión manifestante infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento superficial mediante una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso, lo que en nuestra opinión constituye el principio *prima facie*, tal y como se conoce internacionalmente. Y tal interpretación corresponde al término “comprobar” utilizado por el artículo 1424 del Código de Comercio. En efecto, el Código de Comercio emplea en materia de sentencias que deben emitir los jueces, los verbos “decidir” y “resolver”, por lo que el uso en el artículo 1424 del verbo “comprobar” se refiere en estricto sentido a verificar, que no es otra cosa que examinar y contrastar la verdad de una cosa, en nuestro caso, la existencia o no de un acuerdo arbitral acción que difiere de una decisión o de una resolución judicial como lo es una sentencia.

De manera general la kompetenz-kompetenz del tribunal arbitral tiene que ser completo, y el artículo 1424 debe leerse como una excepción en caso que hay *prima facie* un acuerdo nulo o ineficaz. Si no es el caso, el juez tiene que remitir al tribunal arbitral que tomara su decisión. Sin embargo, la remisión no quiere decir aprobación. En el caso, el juez decidirá definitivamente sobre

<sup>10</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. T. XVI, diciembre 2002, p. 581.

este punto al momento de la acción en nulidad o inejecución sobre la validez del acuerdo. Por eso, el juez no tiene que “fallar” sobre la nulidad o no, sino remitir, en ausencia de una nulidad *prima facie*, por una resolución declarativa, a las partes al arbitraje.

### C. La competencia y la separabilidad

Es en este contexto, que se debe leer la reciente decisión *Lamex*, del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito<sup>11</sup>. Si la presente decisión a priori no trae nada de nuevo a la práctica general del arbitraje, tiene no obstante el merito de confirmar la repartición de las competencias judiciales y arbitrales. En efecto, como el Colegiado lo ha enunciado, “si en la demanda presentada ante un Juez existen pretensiones que corresponden a su jurisdicción y otras que deben ser objeto de juicio arbitral, el juzgador debe dar curso a la demanda, seguir la instrucción y dictar la sentencia, en la cual decidirá lo atinente a su jurisdicción y dejará a salvo los derechos de las partes respecto de las otras pretensiones, para que se hagan valer en la vía arbitral.”

Sin embargo, en caso que en un asunto, y según la voluntad de las partes, ciertos puntos tienen que ser resueltos por un tribunal judicial y otros por un tribunal arbitral, y que en los hechos no es posible de poder repartir las pretensiones entre estas dos vías, pertenece al tribunal judicial de resolver todo el asunto, visto que la competencia arbitral es una excepción a la jurisdicción general y natural de los tribunales estatales. No cabe duda que el tribunal se está expresando en términos muy generales y demasiado antiguos cuando dice que es el Estado quien “naturalmente” es el que debe resolver todos los conflictos (lo que nos recuerda las antiguas tesis refiriéndose a la “justicia natural”). Además el tribunal pone al arbitraje en términos de un procedimiento excepcional cuando en el Código de Comercio está como uno de los dos procedimientos principales en materia mercantil

Ahora bien, en ausencia de una enunciación de los hechos *in casu*, se puede especular sobre las hipótesis que se han podido presentar. En la primera hipótesis, una de las partes se ha llevado directamente la disputa ante el tribunal judicial. Si fuera así, la presente decisión sería de alguna manera la continuación de la triste jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el principio de la kompetenz-kompetenz. En efecto, a presentar el argumento que las diversas cuestiones en disputa no son inseparables, el juez decidiría directamente si es así o no; sin embargo, el tribunal judicial tiene que mandar el caso a los árbitros, quienes en aplicación del principio de la competencia-competencia tienen que resolver en primer lugar cuales cuestiones son separables o no.

### **Conclusión**

No cabe duda que los tribunales federales están a favor del arbitraje, corrigiendo así la postura equivocada de muchos tribunales locales, que aún tienden a ver en el arbitraje algo de “raro” véase algo de inconstitucional. Las recientes tesis también contribuyen a promover México como una plaza de arbitraje importante en América Latina. Ojala que 2009 también será un buen año para el arbitraje.

---

<sup>11</sup> Amparo directo 131/2007. *Lamex Mexicana, S.A. de C.V.* 24 de enero de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Ma. Luz Silva Santillán.