

## El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana

LEONEL PEREZNIETO CASTRO\*  
JAMES A. GRAHAM\*\*

El arbitraje no tiene la vida fácil en los derechos latinoamericanos, en particular en México. Después de años de rechazo o al menos, dudas sobre este modo alternativo de solución de controversias, la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional fue incorporada en el Código de Comercio mexicano. Varios litigantes han intentado, sin éxito, que los tribunales mexicanos declaren al arbitraje como un procedimiento inconstitucional<sup>1</sup>. Ante el fracaso de

---

\* Abogado y Árbitro internacional. Doctor en Derecho por la Universidad de París; Profesor Titular de Carrera de la Universidad Nacional Autónoma de México. Socio de *Dávalos y Asociados*. Director de la *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*. Ex Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado.

Contacto: lpereznieto@bdavalos.com.mx.

\*\* Abogado y Árbitro internacional. Doctor en Derecho por la Universidad de París I; Profesor Titular de Carrera de la Universidad de Monterrey y Profesor fundador de la Cátedra de Arbitraje internacional, Escuela de Doctorado de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Socio de *Lobo & Graham*. Director de la *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*. Presidente de *ABO Sport*. Presidente del Club de Arbitraje Internacional de Monterrey. Presidente de la Comisión de Arbitraje de la Asociación Nacional de Abogados de Empresas. Contacto: graham@lobo-graham.com.

<sup>1</sup> Pereznieto & Graham, Chroniques de jurisprudence Mexicaine, *Revue d'arbitrage*, 2005.775; Pereznieto & Graham, CNUDMI Model Law Related Case Law, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2004.190, www.med-arb.net; Graham, La fase post-arbitral en materia de

los recursos, conocidos como amparos, la estrategia ha cambiado. Se intenta más y más, como en los Estados Unidos de América, de provocar litigios paralelos para forzar la competencia judicial y entorpecer el procedimiento arbitral. En este sentido una decisión reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha provocado muchas inquietudes al considerar que sólo los tribunales estatales tienen jurisdicción para conocer de la nulidad del acuerdo arbitral. Esta decisión, como lo veremos más adelante afecta de forma directa al principio de la kompetenz-kompetenz. En otras palabras, se **debilita** la competencia arbitral (A) para extender la competencia judicial (B), contravieniendo así a las tendencias mundiales a favor del arbitraje como se puede ver en Europa y otras regiones.

## A. La competencia arbitral

El derecho arbitral mexicano otorga al tribunal arbitral no sólo 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>2</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. En una tesis aislada, y en nuestra opinión *contra legem*, un tribunal federal declaró que los árbitros pueden pronunciarse sobre su competencia, únicamente si las partes lo han pactado expresamente así:

COMPROMISO ARBITRAL, NULIDAD DEL. (sic) COMPETENCIA DEL ÁRBITRO Y NO DEL JUEZ ORDINARIO PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD RESPECTIVA, PORQUE LOS ARTÍCULOS 1424 Y 1432 DEL CÓDIGO DE COMERCIO TIENEN COMO PROPÓSITO DAR EFICACIA A LOS ACUERDOS DE AR-

---

controversias comerciales internacionales, *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, # 5, 2004.9; Graham, La figura del amparo y la ejecución de los laudos en México, *Revista Brasileña de Arbitraje*; 2004.100; Pereznieto & Graham, Arbitration News, *Mexico Update*, American Bar Association, 2005; Graham, *Guía practica para la ejecución de sentencias y laudos comerciales internacionales*, Lazcano, 2006.31.

<sup>2</sup> Graham, Tijerina, Leal-Isla, *Guía practica para el arbitraje comercial internacional*, Lazcano, 2005.48.

## BITRAJE Y FACILITAR LA REALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES.

Para interpretar los preceptos que regulan el arbitraje en el Código de Comercio, desde el punto de vista teleológico e histórico, es necesario tener en cuenta que el antecedente de los mismos se encuentra en la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), cuyas disposiciones fueron incorporadas a la legislación mercantil nacional a fin de ajustarla a los aspectos favorables para el arbitraje que se advirtieron en esa propuesta normativa, como se desprende de la exposición de motivos del decreto de reforma y adiciones publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de julio de mil novecientos noventa y tres, así como de los correspondientes dictámenes emitidos por las respectivas Cámaras de Origen y Revisora, a saber, de Diputados y de Senadores, de tal suerte que resulta conveniente acudir al texto de la mencionada ley modelo, en los preceptos que guardan similitud o identidad de contenido, y a la explicación que de dichos dispositivos hace la secretaría de la mencionada comisión internacional. Esa semejanza en contenido normativo se advierte entre los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, y 8 y 16 de la ley modelo, cuyo propósito es facilitar y dar eficacia al reconocimiento de los acuerdos de arbitraje, así como evitar la práctica de tácticas dilatorias, aunque se trate del ejercicio de las facultades de supervisión o de control que se reconocen como necesarias por parte de los tribunales judiciales. La anterior finalidad de la regulación de la remisión al arbitraje y de la facultad de determinar la competencia por parte del tribunal arbitral, basada en el principio arbitral de origen alemán denominado «Kompetenz-Kompetenz», o competencia-competencia, que implícitamente se encuentra en el texto de los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, dado el origen que tienen y la semejanza con las normas que los inspiraron, revela que el legislador mexicano buscó dar cabal eficacia al compromiso arbitral y facilitar la realización de los arbitrajes, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias, impidiendo el empleo de dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, aun cuando se ejerciera el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral, el que, en términos del artículo 1432 del Código de comercio, puede hacerse antes de que se dicte el laudo arbitral, o con posterioridad a éste, es decir, puede ser previo o ex post. Por tanto, cuando existe pacto arbitral sobre la competencia del árbitro para conocer de la nulidad del acuerdo de arbitraje, queda excluida la competencia del

Juez ordinario del Estado, para respetar cabalmente la voluntad de las partes al convenir la resolución de las controversias, incluyendo la nulidad del pacto arbitral, a través del procedimiento arbitral<sup>3</sup>.

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.<sup>4</sup>

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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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. 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. México, Distrito Federal, treinta de marzo de dos mil seis.

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 sólo 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<sup>5</sup>. 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 sólo de un control *prima facie* de la validez del acuerdo arbitral lo que no deroga al principio de la kompetenz-kompetenz<sup>6</sup>.

## 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).

<sup>5</sup> Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.655; Dimolitsa, Autonomie et kompetenz-kompetenz, *Revue de l'arbitrage*, 1998.305.

<sup>6</sup> Juez Segundo de Distrito en Materia Civil en el DF. Amparo 556/2004-I, /8/11/04.

<sup>6</sup> *Infra*.

## 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<sup>7</sup>. 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, sólo de una facultad de control *prima facie*<sup>8</sup>.

## 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>9</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>10</sup>,

<sup>7</sup> Pereznieto Castro, Interpretación del artículo 1424 del Código de Comercio por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (amparo directo, exp. 9514/99), *Pauta*, 2000.

<sup>8</sup> *Infra*.

<sup>9</sup> Amparo 556/2004-I, 11/8/04.

<sup>10</sup> Recurso en revisión, RC 3836/2004, 11/11/2004.

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>11</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>12</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 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 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 ejer-

<sup>11</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>12</sup> Amparo en revisión. RC 14/2005. ADT Security Services. 19/5/2005.

za 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<sup>13 y 14.</sup>»

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 sólo 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>15</sup> que nos dice que de acuerdo a la teoría de la apariencia del buen derecho «existe la posibilidad de

<sup>13</sup> 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. 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. LICENCIADO MANUEL DE JESÚS SANTIZO RINCÓN, SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que el rubro y texto de la anterior tesis jurisprudencial fueron aprobados por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de marzo de dos mil seis.- México, Distrito Federal, treinta de marzo de dos mil seis.

<sup>14</sup> Pereznieto & 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.

<sup>15</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. T. XVI, diciembre 2002, p. 581.

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 seria que descarte una pretensión manifiestamente 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 termino «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 haya *prima facie* un acuerdo nulo o ineficaz. Si no es el caso, el juez tiene que remitir al tribunal arbitral que tomará su decisión. Sin embargo, la remisión no quiere decir aprobación. En el caso, el juez decidirá definitivamente sobre 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.

## Conclusión

Mientras que en el derecho comparado, la tendencia es a reforzar el principio de la competencia del tribunal arbitral a pronunciarse sobre su propia competencia<sup>16</sup>, México desafortunadamente eligió otro camino. Sin embargo, no queremos caer en un pesimismo absoluto. No cabe duda que en lo general, la

<sup>16</sup> 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).

SCJN se ha mostrado favorable a los métodos alternos de solución de controversias, no obstante algunas decisiones recientes criticables, entre otras, la que es objeto de las presentes líneas. En el caso de México, en la medida que los ministros que la componen se familiaricen más con el arbitraje y entiendan que se trata de armonizarlo internacionalmente, es posible que sus decisiones tomen otro cauce. Tanto en México como en la doctrina latinoamericana debe continuar la lucha para la modernización del derecho arbitral. En este sentido, nuestra propuesta a favor de un derecho arbitral que no esté anclado sólo en el derecho del Estado de ejecución del laudo puede parecer demasiado «liberal»<sup>17</sup>, pero estamos convencidos que tal postura permite eliminar o al menos limitar los inconvenientes de litigios paralelos en el Estado sede, sobre todo cuando todavía existen concepciones nacionalistas y en ocasiones visiones premodernas sobre un derecho como el arbitral que tiene una franca vocación internacional.

---

<sup>17</sup> Pereznieto & Graham, ¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?, *Mélanges Picand-Albónico*, La Editorial Jurídica de Chile, 2006.595.