

PREMIO



Ganadores
Premio Julio C Treviño:
La mejor tesis sobre arbitraje
2010

CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN EN EL ARBITRAJE COMERCIAL Y LA EJECUCIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN MÉXICO. CONSIDERACIONES TEÓRICAS PARA UN CASO PRÁCTICO

Por: Héctor Flores Sentfés¹³



1. Introducción, objetivos y planteamiento del estudio

El objetivo del estudio es demostrar la importancia de entender correctamente la teoría del arbitraje al resolver los conflictos prácticos que se presentan. Concretamente, la ejemplificación de lo anterior se da en el marco de la compleja relación del arbitraje con la judicatura en la ejecución de una cláusula arbitral como método idóneo para solucionar un conflicto de jurisdicción.

Se parte del supuesto de que es posible el desarrollo paralelo de procedimientos arbitrales y judiciales, y de que dicha problemática puede solucionarse de formas muy diversas. En este marco se pretendía sugerir cuál era la forma correcta de salvaguardar al arbitraje a partir de un caso real en México en donde dicha institución quedó desprotegida por no contar con las bases teóricas adecuadas.

Durante la búsqueda de un caso que ilustrara y comprobara la hipótesis, se constató la existencia de una tesis aislada que si bien no involucraba de manera directa los procedimientos *paralelos*, sí versaba sobre el tema más general de procedimientos arbitrales y judiciales *vinculados*; se obtuvo el engrose y el resto de las sentencias involucradas con el caso.

El trabajo está dividido en dos partes: (1) conceptos jurídicos fundamentales involucrados en el caso práctico; (2) exposición y crítica del caso práctico a partir de los conceptos teóricos propuestos. Lo anterior comprobaría que la solución práctica de la judicatura sobre el arbitraje depende de las bases teóricas de las que parta.

2. Marco teórico. Postulado de una sana teoría arbitral

¹³ Asociado en Abascal, Segovia & Asociados, S.C. Experiencia en litigio, derecho transaccional y arbitraje comercial, incluyendo procedimientos con sede en Nueva York, Houston, Miami, México, bajo las reglas ICC, ICDR, CAM y CANACO. Profesor titular de Arbitraje Comercial en el ITAM, en la que se graduó con mención honorífica."

El marco teórico abordó tres temas fundamentales: (1) naturaleza jurídica del arbitraje, (2) relación del arbitraje y la judicatura, y (3) acuerdo arbitral.

Naturaleza jurídica del arbitraje

Para ilustrar la complejidad del concepto se hizo mención de las definiciones de arbitraje que diversos autores han sugerido. Aunado a lo anterior se hizo una explicación de cuatro formas concretas de entender al arbitraje.

Bajo la teoría jurisdiccional, el tribunal arbitral tiene autoridad a través de una delegación excepcional de la jurisdicción estatal. Para la teoría contractual la fuente de eficacia del arbitraje es la autonomía de la voluntad. La teoría mixta busca conciliar las dos anteriores: el componente jurisdiccional se manifiesta en la naturaleza del proceso arbitral y el carácter de cosa juzgada del laudo. Por otra parte, la verdadera fuente que confiere el poder de juzgar a los árbitros es un contrato. La teoría autónoma advierte que el arbitraje no es ni contractual, ni jurisdiccional, ni mixto; el arbitraje *es*. Le da importancia al ambiente legal y empresarial en que el arbitraje se desenvuelve, características que definen su autonomía.

Finalmente, se expuso la forma en que los tribunales mexicanos han entendido al arbitraje.

Con base en lo anterior se concluyó que el arbitraje tiene cuatro elementos: (i) la existencia de una controversia (litigio); (ii) un tercero particular que la resuelve (árbitro); (iii) un convenio privado celebrado entre las partes y otorgado conforme a ley que dota de autoridad y fundamento la actuación del árbitro (acuerdo arbitral); y (iv) la decisión del árbitro a través de un laudo es final y vinculante para las partes.

El arbitraje y la judicatura

Se distingue el origen contractual o consensual de la actuación del árbitro, del origen estadual o meramente legal del juez. Uno y otro comparte como elemento común la función jurisdiccional, sin dejar de reconocer los matices que adquiere dicho elemento según se trate del arbitraje o litigio frente a tribunales.

El fin de las leyes arbitrales y los tribunales que actúan al amparo de las mismas es proteger la eficacia del arbitraje. En efecto, la relación entre juez y árbitro debe estar regida por dos principios fundamentales: mínima intervención judicial y el de asistencia al arbitraje como regla general.

El acuerdo arbitral

Se postuló que se trata de un contrato por virtud del cual dos o más personas se obligan a someter ciertas controversias a la decisión final y vinculante de un árbitro, renunciando al derecho de buscar justicia ante los tribunales estatales. Se argumentó que un acuerdo arbitral genera efectos prácticos que demandan mayor protección que el resto de los contratos privados, especialmente considerando que el daño por no arbitrar una disputa es difícil, si no imposible, de cuantificar.

Se hizo de dos temas relacionados con lo anterior: por un lado, la ejecución del acuerdo arbitral como solución preventiva a un tema de procedimientos paralelos, y por otro, los fundamentos y las implicaciones del principio *competence-competence*. Se postuló que la judicatura debe desincentivar conductas y prácticas dilatorias, promoviendo la libertad contractual y la buena fe. El respeto a los efectos positivos y negativos del principio *competence-competence* (que el árbitro decida sobre su competencia; y que el juez no se pronuncie sobre la validez de un acuerdo arbitral antes o en paralelo a un tribunal arbitral, ni con el mismo nivel de escrutinio), resulta esencial para dotar al arbitraje de efectividad.

3. Caso práctico. Influencia de la teoría en la práctica

El caso práctico toca el tema de la posibilidad, pertinencia y consecuencias de ejecutar una cláusula arbitral cuando no todas las partes involucradas en un litigio comercial suscribieron dicho acuerdo.

En el caso analizado el juez de primera instancia negó la ejecución de una cláusula arbitral en perjuicio de las partes que la habían suscrito. Se analizó la sentencia de apelación que por el contrario, obligaba a todas y cada una de las partes, hubiesen suscrito o no la cláusula arbitral, a acudir al arbitraje. Se estudiaron también la sentencia de amparo y la sentencia que el tribunal de apelación emitió en cumplimiento a la misma. La crítica implicó (1) una descripción del razonamiento del tribunal y la decisión tomada; (2) identificación de aciertos; y (3) énfasis en los desaciertos de cada tribunal. Habiendo hecho lo anterior, (4) se realizó una propuesta de solución alternativa para cada una de esas sentencias, a la luz de las consideraciones teóricas y postulados defendidos en la primera parte del trabajo.

Síntesis del caso

Ekco, S.A. ("Ecko"), celebró con Bialetti Industrie, S.P.A. ("Bialetti"), un *Joint Venture* ("Contrato") que incluía una cláusula arbitral. El propósito era crear Ecko Bialetti, S.A. de C.V. ("Ecko Bialetti"), de la cual ambas serían accionistas y cuyo objeto sería fabricar en México sartenes y baterías de cocina.

Ecko demandó ante los tribunales estatales a Bialetti junto con otras tres sociedades: Simest, S.P.A. ("Simest"), que contaba con una participación accionaria en Ecko Bialetti; Industria Mexicana de Aluminio, S.A. de C.V. ("Industria Mexicana"), y Lamex Mexicana, S.A. de C.V. ("Lamex"). Ecko demandó de Bialetti prestaciones relacionadas con el Contrato; de Simest reclamó cuestiones derivadas del Contrato y los estatutos sociales de Ecko Bialetti; mientras que el involucramiento de Industria Mexicana y Lamex parece haber estado limitado a temas de divulgación de información confidencial. Bialetti es parte integral del Contrato base de la acción, mientras que Industria Mexicana como Lamex están totalmente desvinculadas del Contrato. Por otro lado, no hay duda de que Simest no es parte firmante del Contrato, aunque parece que se benefició de éste.

Bialetti interpuso una excepción de incompetencia por vía declinatoria con base en el artículo 1424 del Código de Comercio y en virtud de la existencia de una cláusula arbitral. La Sala correspondiente acogió dicha excepción y declaró nulo todo lo actuado ordenando al juez de origen remitir a *todas* las partes del juicio al arbitraje. Lamex interpuso entonces una demanda de amparo directo argumentando que ella no había firmado la cláusula arbitral. El Tribunal Colegiado concedió el amparo a Lamex y ordenó a la Sala considerar que la demanda contenía pretensiones que eran divisibles entre las cuatro demandadas, para derivar las "consecuencias correspondientes". Finalmente, la Sala emitió una sentencia en la que, no obstante encontrar las prestaciones de la demanda divisibles, ordenó reponer el procedimiento obligando a *todas* las partes a litigar su controversia.

Síntesis de las críticas

a. Primera sentencia del tribunal de alzada. Remisión de todas las partes al arbitraje

Sosteniendo la indivisibilidad de la demanda, el tribunal cometió una falacia al derivar la competencia del árbitro meramente de la incompetencia del juez. La realidad es que sorprendió que la Sala hubiese caracterizado de una manera adecuada las bases teóricas del arbitraje. No obstante estos aciertos, los magistrados se olvidaron de uno de los pilares fundamentales: el consentimiento, es decir, la renuncia expresa a buscar justicia ante los tribunales como elemento necesario para surtir la competencia del árbitro. El tribunal reconoció previamente que el poder del árbitro provenía de un acuerdo de voluntades reconocido por la ley. Lejos de utilizar ese mismo razonamiento, la

Sala concluyó que bastaba que la demanda fuera indivisible para justificar la remisión al arbitraje de *todas* las partes, no obstante la falta de consentimiento de Simest, Industria Mexicana y Lamex.

b. Sentencia de amparo. Protección únicamente a los no firmantes

Afortunadamente, el Tribunal Colegiado determinó otorgar el amparo a Lamex. No obstante, la crítica se centró tanto en el fundamento y argumentación del tribunal como en el contenido mismo de la decisión tomada. La base fundamental para otorgar el amparo era que las prestaciones de la demanda sí eran fácilmente separables o divisibles, a diferencia de lo que argumentó al respecto la Sala. Sin embargo, el Tribunal Colegiado se aventuró a determinar qué sucedería en caso de que la demanda hubiese sido efectivamente indivisible, en aras de mostrar que el argumento de la Sala seguiría siendo incorrecto.

El supuesto del caso hipotético planteado por el Colegiado era que un juez se encontrara frente a una demanda que contuviera ciertas pretensiones imposibles de separar, de las cuáles parte pertenecían al ámbito de una cláusula arbitral, mientras que otras cayeran fuera. Al respecto, el Tribunal Colegiado afirmó que el juez podría extender su jurisdicción sobre partes que no pactaron arbitraje, pero no así el árbitro. Se consideró que esa conclusión estaba equivocada: de acuerdo al Colegiado, el juez tendría competencia sobre las 4 partes demandadas en perjuicio de la del árbitro, dejando a salvo los derechos de las partes que pactaron arbitraje al momento de dictar sentencia definitiva. Su única base: el arbitraje es un régimen de excepción a la jurisdicción estatal. Lo anterior constituye, desde nuestra perspectiva, una falacia *non sequitur*.

Se postuló que ante dicha hipotética situación existían dos opciones correctas: (1) habiendo admitido la demanda, el juez no debería dar curso a la instrucción cuando una parte ha cumplido con los requisitos del artículo 1424 del Código de Comercio para ejecutar una cláusula arbitral; (2) si el demandado no ejecutase oportunamente la cláusula, no existiría razón alguna para dejar a salvo los derechos de quien pactó el arbitraje. Sin embargo, la conclusión del Tribunal Colegiado fue una opción distinta a las mencionadas.

La postura que se defendió es que los principios establecidos por el Título Cuarto del Libro Quinto de dicho ordenamiento claramente evitan que un juez pueda dar una solución como la propuesta por el Colegiado; esto es, el conocimiento exclusivo del juez en un primer momento, para terminar dejando a salvo los derechos de las partes que hubiesen pactado arbitraje hasta el momento en que se dicte sentencia definitiva, criterio que se sostuvo tanto en la sentencia como en la tesis aislada emitida. El texto del artículo 1424 del Código de Comercio no da lugar a dichas interpretaciones, pues la ejecución de la cláusula debe ser concedida *inmediatamente* por el juez, cumplidas ciertas condiciones.

c. Sentencia de cumplimiento. Violación a los derechos de las partes firmantes

La decisión del Tribunal Colegiado tuvo consecuencias negativas inmediatas, sin dejar de reconocer que colaboró en gran medida una irresponsable sentencia dictada por la Sala. Este órgano "cumplió" la sentencia de amparo sosteniendo que las prestaciones de la demanda eran divisibles; sin embargo, terminó aplicando a un caso de *divisibilidad* las consecuencias previstas por el Tribunal Colegiado para el caso hipotético de *indivisibilidad* de prestaciones. Sorprendentemente, la Sala determinó, no obstante ser divisibles las prestaciones, negar la ejecución de la cláusula y obligar a *todos* los demandados a litigar el asunto, en espera de que al final del procedimiento pudieran quedar a salvo los derechos de las partes firmantes del acuerdo al final. *Irónicamente, en otras palabras, al final de litigar podrían arbitrar.*

d. Reproche al litigante

En el trabajo se formuló un reproche al abogado defensor de Bialetti: no es correcto utilizar la excepción de incompetencia para hacer valer el artículo 1424 y ejecutar la cláusula arbitral. Hacerlo así implica complicar el procedimiento, dilatar la ejecución de la cláusula y habilitar a un tribunal que no tendría por qué involucrarse si se solicitara simplemente la ejecución de la cláusula conforme al artículo 1424.

4. Conclusiones.

El auge del arbitraje y su acelerado desarrollo han puesto de relieve las diferencias entre las caracterizaciones de su naturaleza jurídica. La trascendencia de estas disparidades radica directamente en que la manera en que se resuelven los problemas prácticos.

Ni el arbitraje ni la función jurisdiccional del árbitro existen por una voluntad dirigida y bondadosa de la ley. Ambos tienen su anclaje en un pacto privado denominado acuerdo arbitral. El árbitro no debe ser equiparado a un juez en cuanto a su naturaleza y función jurisdiccional. Si bien comparten características, es incorrecto equipararlos. La relación de la judicatura con el arbitraje no es competencia: son esencialmente distintos. La correcta ejecución de la cláusula constituye al día de hoy la mejor estrategia para prevenir conflictos como procedimientos paralelos, sentencias contradictorias y vulneración de principios contractuales fundamentales.

Se finalizó con un cuestionamiento muy general en cuanto a la vigencia de la adopción de la primera versión de la Ley Modelo para incorporar eficientemente la buena práctica del arbitraje en México. La más reciente reforma a la ley arbitral –cuya aprobación por el Congreso y entrada en vigor se dio con posterioridad a la preparación del trabajo–, pretende resolver algunos de los problemas. En cualquier caso, si el arbitraje sigue siendo desechado y menospreciado por complicar aún más las aventuras litigiosas a las que uno debe someterse en este país, debe denunciarse la falta de conocimiento de la cultura arbitral –aunque crece cada día–, y multiplicar los deseos de promoción de un mecanismo que es útil para muchas personas en el mundo internacional.