

## LA MODIFICACIÓN AL DERECHO ARBITRAL MEXICANO: UN COMENTARIO

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO

SUMARIO: I. *Ejecución de acuerdos arbitrales*. II. *Arrugas procesales*. III. *Medidas precautorias*. IV. *Comentario final*.

Bertrand Russell solía decir “lo que la gente está dispuesta a creer ante información contradictoria o insuficiente, dice mucho de ella”. La experiencia observable ante la reciente<sup>1</sup> modificación del derecho arbitral mexicano da testimonio del proverbio. Para el experto conocedor de las corrientes internacionales de arbitraje y las dudas y problemas relacionadas con el derecho arbitral mexicano, incluyendo la praxis desde la adopción del régimen moderno en 1993, la Reforma no merece otro adjetivo que “fantástica”. Sin embargo, existen voces escépticas. Voces que ponen el paso en entredicho, reduciendo su apreciación al último párrafo del último artículo de la Reforma. Como aquel crítico culinario que, después de degustar ocho tiempos de manjares, limita su evaluación a “me hubiera gustado que la servilleta fuera colocada del lado izquierdo”, el crítico jurídico de la Reforma se ciñe a ver el pelo en la sopa, y pasar por alto los logros que el resto de la misma aporta.

Explicaré por qué la metáfora no es estirada haciendo un comentario sintético de la Reforma a la luz de su trasfondo y temas que resuelve.

<sup>1</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 2011 (“Reforma”).

## I. EJECUCIÓN DE ACUERDOS ARBITRALES

Con respecto a acuerdos arbitrales, dos cuestiones fueron resueltas con la Reforma:

- a) Esclarecimiento del régimen de ejecución del acuerdo arbitral.
- b) Corrección de la postura mexicana sobre *compétence-compétence*.

### 1. Ejecución del acuerdo arbitral

La práctica mostraba diversidad de formas en que el artículo 1424 del Código de Comercio era entendido y cumplido tanto por practicantes como por nuestra judicatura.<sup>2</sup> Gracias a la Reforma, se ha esclarecido que los acuerdos arbitrales deben ser sumariamente ejecutados, remitiendo a las partes al arbitraje “de inmediato”.<sup>3</sup> Para ello, se han regulado explícitamente los pasos que el juzgador debe seguir.<sup>4</sup> Ante la diversidad de prácticas y ubicuidad de cuestionamientos, la Reforma cumple el doble propósito de fomentar la ejecución del pacto arbitral y dar certeza jurídica a todos los involucrados: desde las partes, sus abogados y los jueces, quienes deseaban cerciorarse que su actuar era adecuado.

### 2. *Compétence*

La Reforma pone fin a un (candente pero delicioso) debate en el foro mexicano sobre a quién asiste la facultad de decidir sobre la validez del acuerdo arbitral.<sup>5</sup> Más aún, se trata de una corrección legislativa

<sup>2</sup> Para conocer la problemática, se recomienda Graham Tapia, “La remisión judicial de un litigio al arbitraje”, en *Diagnóstico y propuestas sobre los sistemas de impartición de justicia en México*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, t. II, 2004, y González de Cossío, “Ejecución del Acuerdo Arbitral: aún un prisma opaco”, en *Análisis y propuesta de mejora al marco jurídico mexicano*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, México, 2010, p. 1491; también visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje).

<sup>3</sup> Artículo 1465 del Código de Comercio.

<sup>4</sup> Artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio.

<sup>5</sup> Para conocerlo, ver González de Cossío, *El debate sobre la postura mexicana sobre quién decide la validez del acuerdo arbitral*, Lex Negotii III, Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, DoFiscal, 2011, p. 89.

del único error judicial que a la fecha existía desde la adopción del derecho arbitral moderno (en 1993): la siguiente solución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a una contradicción de tribunales colegiados:<sup>6</sup>

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.

Esta contradicción ha sido objeto de observaciones diversas.<sup>7</sup> La Reforma cambia dicha (irónica)<sup>8</sup> decisión. El (nuevo) artículo 1465 del Código de Comercio corrige el malentendido. En lo sucesivo, si existe un cuestionamiento al acuerdo arbitral o al contrato que lo contiene, a menos que la nulidad del acuerdo arbitral sea “notoria”<sup>9</sup>—cuya determinación debe obedecer a un “criterio riguroso”<sup>10</sup>—el juzgador tiene que remitir a las partes al arbitraje *de inmediato*,<sup>11</sup> para que el Tribunal Arbitral decida sobre ello, conforme a la primera oración del artículo 1432 del Código de Comercio, que establece lo que debe entenderse como la regla correctamente expuesta:

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.

<sup>6</sup> Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006. Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz.

<sup>7</sup> Para conocer el debate, consúltese, “De necios y de convencidos: el debate sobre la postura mexicana sobre quién decide la validez del acuerdo arbitral”, *Revista de Derecho Privado*, tercera época, núm. 1, 2011 (también visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje](http://www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje)).

<sup>8</sup> El adjetivo obedece a lo que posiblemente es el argumento más conspicuo en contra de dicha decisión: *para arbitrar, hay que litigar*, una ironía, si se recuerda que las partes, al pactar arbitraje, lo que desearon era justamente que su disputa no se canalizara a tribunales. Para entender por qué, véase “La ironía de *Compétence-Compétence*”, en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, M. A. Fernández-Ballesteros y David Arias (eds.), La Ley, Wolters Kluwer, Club Español del Arbitraje, Madrid, 2010, p. 521.

<sup>9</sup> Artículo 1465(a) del Código de Comercio.

<sup>10</sup> Artículo 1465(b) del Código de Comercio.

<sup>11</sup> Proemio del artículo 1465 del Código de Comercio.

Claramente, un paso a favor de la rectitud y eficacia del derecho arbitral mexicano.

## II. ARRUGAS PROCESALES

Existían dudas sobre el régimen procesal con respecto a ciertos temas. A continuación se explicará por tema la aportación que hace la Reforma.

### 1. Cooperación judicial en el arbitraje

Existen instancias de cooperación judicial en el arbitraje cuya tramitación había generado duda. Por ejemplo:

1. La designación de árbitros por omisión de las partes o Presidente del tribunal arbitral ante desacuerdo de los árbitros de parte ya nombrados.<sup>12</sup>
2. La cooperación judicial en el desahogo de las pruebas en arbitraje.<sup>13</sup>
3. Consulta a la judicatura sobre los honorarios del tribunal arbitral.<sup>14</sup>

La Reforma esclarece tanto la vía (jurisdicción voluntaria)<sup>15</sup> como los pasos procesales para obtener cooperación judicial en los casos (excepcionales)<sup>16</sup> en los que se ruega la cooperación de nuestro Poder Judicial para resolver encrucijadas arbitrales.<sup>17,18</sup> De nuevo, otro paso que esclarece y eficientiza el derecho arbitral.

<sup>12</sup> Fracciones III y IV del artículo 1427 del Código de Comercio.

<sup>13</sup> Conforme al artículo 1444 del Código de Comercio.

<sup>14</sup> Artículo 1454 del Código de Comercio.

<sup>15</sup> Artículo 1466 del Código de Comercio.

<sup>16</sup> Artículo 1421 del Código de Comercio.

<sup>17</sup> Artículos 1466 a 1469 del Código de Comercio.

<sup>18</sup> Para abundar sobre el régimen y alcance, véase González de Cossío, *Arbitraje y la Judicatura*, Porrúa, México, 2007 y *Arbitraje*, Porrúa, México, 3a. ed., 2011, pp. 624 y ss.

## 2. Juicio especial

Se creó un juicio especial sumario<sup>19</sup> para los siguientes temas:<sup>20</sup>

1. Recurrir la resolución de recusación de un árbitro.<sup>21</sup>
2. Recurrir la resolución sobre competencia del tribunal arbitral.<sup>22</sup>
3. Obtener medidas precautorias *judiciales* en apoyo al arbitraje.<sup>23</sup>
4. Ejecutar las medidas precautorias emitidas por un tribunal arbitral.<sup>24</sup>
5. Nulidad de transacciones comerciales.
6. Nulidad de laudos arbitrales.<sup>25</sup>
7. Ejecución de laudos arbitrales.<sup>26</sup>

Se trata de un régimen claro y veloz. Pero, además, la Reforma procura dos beneficios adicionales.

Primero, el artículo 1471 del Código de Comercio esclarece que los laudos arbitrales no se “homologan”, sólo se *ejecutan*. La utilidad de ello reside en la (enorme) cantidad de tesis judiciales sobre el tema que aluden a la “homologación” del laudo. Todas esas tesis han malentendido el procedimiento de ejecución del laudo,<sup>27</sup> concibiéndolo como si se pareciera a la ejecución de una sentencia extranjera, la cual sí requiere *exequatur*. El laudo es fundamentalmente distinto. No requiere ser homologado, sólo ejecutado.<sup>28</sup>

Segundo, muchas de las tesis judiciales actuales trataban al juicio de nulidad y el juicio de ejecución como “incidente”. Ello obedeció

<sup>19</sup> Artículos 1472 a 1477 del Código de Comercio.

<sup>20</sup> Artículos 1470, 1471 y 1477 del Código de Comercio.

<sup>21</sup> Artículo 1429 del Código de Comercio.

<sup>22</sup> Artículo 1432, tercer párrafo, del Código de Comercio.

<sup>23</sup> Artículo 1425 del Código de Comercio.

<sup>24</sup> Artículo 1433 del Código de Comercio.

<sup>25</sup> Artículos 1460 y 1477 del Código de Comercio.

<sup>26</sup> Artículo 1461 a 1463 y 1472 a 1476 del Código de Comercio.

<sup>27</sup> Es de admitirse que el error no es sustantivo, sólo semántico: cómo se denomina la figura. En cuanto a proceso, afortunadamente no se maneja como una homologación, sino sólo un reconocimiento y ejecución.

<sup>28</sup> No entender esto genera incumplimiento no sólo de derecho mexicano (artículo 1461 del Código de Comercio) sino internacional (artículo III de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de la cual México es parte, decreto de promulgación el 22 de junio de 1971).

a una arruga textual contenida en los antiguos artículos 1460 y 1463 del Código de Comercio. La arruga se ha planchado: ahora se regula como juicio especial. Por ende, toda la estela de tesis judiciales que sostenían que el juicio de amparo que procedía era el *Indirecto*, deben dejar de ser aplicables. El correcto es el juicio de amparo *Directo*, pues el fallo que derive del mismo será una sentencia definitiva que pone fin a juicio.<sup>29</sup>

De nuevo, otro paso a favor de la claridad y eficacia<sup>30</sup> de derecho arbitral.

### III. MEDIDAS PRECAUTORIAS

Las medidas precautorias son un instrumento de eficacia de todo proceso. El arbitral no es una excepción. La Reforma esclarece su régimen y adopta un paso novedoso e importante. A continuación se explicará, aludiendo primero a las aportaciones que la Reforma hace con respecto al régimen de medidas precautorias emitidas por jueces y por tribunales arbitrales, para luego abundar sobre su trascendencia y el debate que han propiciado.

#### 1. De juez nacional

La Reforma esclarece que el juez tendrá “plena discreción” para adoptar las medidas precautorias en apoyo al arbitraje que le autoriza el artículo 1425 del Código de Comercio.<sup>31</sup> La plausibilidad del paso se percibe si se conoce el debate sobre el alcance de las facultades del juez para emitir medidas precautorias siendo que en procesos mercantiles sólo se cuenta con dos: arraigo y embargo precautorio,<sup>32</sup> lo cual reducía la utilidad del instrumento. Gracias a la Reforma se ha esclarecido lo que algunos sugerían:<sup>33</sup> que se entendiera que la

<sup>29</sup> Artículo 158 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>30</sup> Particularmente dado que se hace aplicable el juicio de garantías uni-instancial, en vez del bi-instancial, lo cual redundaba en menos pasos procesales, reducción de tiempos, y eliminación de oportunidades para tácticas dilatorias.

<sup>31</sup> Artículo 1478 del Código de Comercio.

<sup>32</sup> Artículo 1171 del Código de Comercio.

<sup>33</sup> González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, p. 365.

limitante indicada se ceñía a juicios mercantiles bajo los primeros tres títulos del Libro Quinto del Código de Comercio. Cuando se trate de arbitraje, el juez nacional puede emitir otras medidas precautorias. ¿Cuáles? Las que considere adecuadas dadas las circunstancias de la disputa. Esto constituye otro paso en apoyo a la eficacia en arbitraje.

#### 2. De tribunales arbitrales

La Reforma toma el vanguardista paso de permitir la ejecución *judicial* de medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales.<sup>34</sup> El paso es fabuloso. Sitúa a derecho arbitral mexicano como una jurisdicción de vanguardia.<sup>35</sup> Pero no sólo eso, corrige la única desventaja de obtener medidas precautorias de tribunales arbitrales (en comparación con la alternativa: solicitarla del juez nacional): su incoercibilidad judicial.<sup>36</sup>

El paso hace que la elección de acudir al arbitraje sea aún más atractiva, pues las medidas que el tribunal arbitral emita no sólo pueden ser más amplias en su contenido, sino también tan ejecutables como las obtenidas de un juez nacional. De nuevo, otro paso favorable.

#### 3. El régimen nuevo

##### A. Comentario preliminar

Si bien el derecho arbitral mexicano es de punta, y ha sido bien interpretado,<sup>37</sup> existían desarrollos internacionales interesantes. Uno relevante a nuestro tema es que, después de varios años de trabajo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) modificó la Ley Modelo con respecto al tema de medidas precautorias. Durante las labores que dieron lugar a dicha modificación, se analizó, debatió y modificó el texto existente ‘pulga-

<sup>34</sup> Artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio.

<sup>35</sup> La idea encuentra su origen en la modificación que la Uncitral realizó en 2006 al artículo 17.H de la Ley Modelo.

<sup>36</sup> Para ello, véase *Arbitraje*, *op. cit.*, p. 676 y ss.

<sup>37</sup> Una obra reciente, después de analizar toda la jurisprudencia y praxis mexicana, concluye que el arbitraje en México va por un magnífico camino. González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 3a. ed., pp. 1113-1114.

da por pulgada' con la finalidad de actualizar dicho cuerpo normativo a las corrientes internacionales más avanzadas sobre el tema.

Un segundo aspecto digno de aplaudir de la modificación consiste en que se trata de una adecuación local que sigue la sugerencia de un órgano internacional. Esto merece un momento de reflexión. México no está obligado a adoptar los textos de la CNUDMI, como tampoco está obligado a adoptar sus modificaciones. El que lo haga, y lo haga resistiendo la tentación de "adecuarlo a nuestro sistema",<sup>38</sup> es sintomático de que respeta el ejercicio y su resultado, y está consciente de los beneficios que acarrea.

### B. Contenido

El nuevo régimen toma dos pasos, uno con respecto a cada especie de medida precautoria: judiciales y arbitrales.

#### a) Medidas precautorias judiciales

Con respecto a las medidas judiciales, se adoptó el siguiente texto:

Artículo 1478. El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425.

Los méritos de dicho precepto son diversos. Primero, esclarece el régimen de medidas precautorias mediante el esclarecimiento que el régimen que el juez está facultado a seguir no se ciñe a las medidas precautorias disponibles en los juicios mercantiles. Lo incluye, mas no se limita al mismo. Al darle "plena discreción" para adoptar las

<sup>38</sup> Fuente de problemas diversos. Es impresionante la frecuencia con la que ocurre que, ante un texto internacional (por ejemplo, de la CNUDMI) que ha sido discutido, elaborado y pulido durante años por expertos de diferentes partes del mundo, se somete para su adopción como derecho local. Ante el mismo, un miembro del legislador local, después de estudiarlo el total de 6 minutos, determina que él sabe más que ese grupo de expertos, y lo 'adecua' (por no decir, 'mutila') a sus paradigmas locales. (Con frecuencia el ejercicio es aludido como 'tropicalización'.) El resultado: un cuerpo normativo comparable a una zebra con cabeza de jirafa y patas de hipopótamo. Si el lector piensa que exagero, invito a que analice la trayectoria de nuestro derecho de comercio electrónico, que supuestamente se inspiró en la ley modelo de la CNUDMI sobre el tema. Es ante este trasfondo que la modificación a derecho arbitral soslaya una virtud: la de entender el fenómeno descrito y deferir a las labores de la CNUDMI.

medidas en apoyo al arbitraje se reconoce que los procesos sofisticados (como los arbitrales) pueden requerir medidas precautorias sofisticadas; y las existentes en materia procesal (arraigo y embargo precautorio)<sup>39</sup> simplemente eran insuficientes. Se quedaban cortas de las necesidades de los procesos arbitrales,<sup>40</sup> y del régimen comparado, que las contempla desde hace tiempo.

Gracias a la Reforma se ha esclarecido lo que algunos sugerían:<sup>41</sup> que se entendiera que la limitante indicada se ceñía a juicios mercantiles bajo los primeros tres títulos del Libro Quinto del Código de Comercio. Cuando se trate de arbitraje, el juez nacional puede emitir otras medidas precautorias. ¿Cuáles? Las que considere adecuadas dadas las circunstancias de la disputa.

Para acabar de apuntalar lo anterior, la Reforma esclarece la vía en que puede solicitarse la medida precautoria en cuestión.<sup>42</sup> La virtud de dicho paso se percibe si se considera que, en la única ocasión que se ha solicitado cooperación judicial conforme al artículo 1444 del Código de Comercio, el juzgador negó asistencia razonando (*sic*) "que se ve imposibilitado pues dicha facultad no está regulada". Si bien la *ratio* era incorrecta,<sup>43</sup> el régimen actual esclarece el punto, evitando dejar cualquier duda al respecto.

El paso ya ha echado frutos. El primer semestre de 2011 atestiguó una cascada de medidas precautorias bajo el régimen descrito, tanto arbitral como judicial, en apoyo a arbitrajes. Dada la litigiosidad de los casos y las implicaciones de medidas, los hechos generaron mucha experiencia y lecciones. A continuación se resumirán.

En mayo de 2011 se observó una medida precautoria *judicial* por un juez mexicano en apoyo a un arbitraje en vías de comenzar, que contenía una orden de continuar la relación contractual entre las

<sup>39</sup> Artículo 1171 del Código de Comercio.

<sup>40</sup> Después de todo, en una disputa comercial, ¿de qué sirve arraigar a alguien?

<sup>41</sup> González de Cossío, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, p. 365.

<sup>42</sup> El proceso sumario regido por los artículos 1472 a 1476 del Código de Comercio (artículo 1470 del Código de Comercio) o por jurisdicción voluntaria en el caso de desahogo de pruebas conforme al artículo 1444 del Código de Comercio (artículo 1466 del Código de Comercio).

<sup>43</sup> El juzgador podía adoptar una de dos soluciones. Primero, podía cooperar emitiendo la orden solicitada (que un tercero ajeno al arbitraje compareciera como testigo) citando como fundamento el artículo 1425 únicamente. Segundo, podía citar como fundamento el artículo 1425 y su derecho procesal aplicable (local o federal).

partes<sup>44</sup> (lo que se conoce en jurisdicciones de *common law* como un *positive injunction to maintain status quo*), algo nunca antes visto en México.<sup>45</sup> En otro caso (junio de 2011), un juez emitió una medida precautoria que ordenó la suspensión de los efectos de una rescisión —conforme a un pacto comisorio expreso— ordenando a una de las partes a continuar pagando regalías bajo el contrato de franquicia aplicable mientras el arbitraje estaba en curso. Entre junio y agosto de 2011 se enderezaron dos amparos (uno en cada uno de los dos casos descritos) solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 1478 con base en:

- a) Genera inseguridad jurídica y deja en estado de indefensión al establecer que los jueces cuentan con facultades omnímodas y absolutas para el dictado de medidas cautelares en los procedimientos de arbitraje comercial.
- b) Las medidas precautorias otorgadas excedían lo permitido por los artículos 1168 y 1171 del Código de Comercio.

Uno de los amparos se resolvió. Sostuvo que el acto reclamado no era inconstitucional, como tampoco lo es el artículo 1478 del Código de Comercio.<sup>46</sup>

Con respecto al primer argumento, aunque en opinión de algunos existe cierto apoyo jurisprudencial para el concepto de violación hecho valer,<sup>47</sup> es de esperarse que se sostenga la constitucionalidad del precepto.<sup>48</sup> El motivo: se trata de una norma que moderniza un

<sup>44</sup> Su contexto es una acción rescisoria de un contrato por incumplimiento grave del mismo. Mientras que la parte actora buscaba descontinuar la relación aún *pendente lite*, la parte demandada logró congelar medidas *de facto* (además de medidas legales), en vías de ser implementadas por la actora.

<sup>45</sup> En México, en materia procesal mercantil, no existen órdenes de hacer o no-hacer (“*injunctions*”).

<sup>46</sup> Uno de los amparos era contra la ley: se cuestionó la constitucionalidad del artículo 1478 del Código de Comercio.

<sup>47</sup> Las decisiones en que se basa versan sobre facultades de autoridades fiscales. Sostienen la necesidad que la norma que desea dar una facultad discrecional establezca un mínimo y un máximo de actos que conforme a la misma la autoridad puede implementar.

<sup>48</sup> Propondría que la aplicabilidad de los precedentes judiciales citados no se extienda a esta materia, no sólo por ser diversas, sino también porque se exige más restricción de la materia fiscal, y porque se trata de una norma que permite actos de *molestia* (no de *disposición*) con miras a dar eficacia a procesos. No abundo por rebasar el propósito de este ensayo.

régimen otrora acartonado. Como lo indicó el juez de distrito en el amparo que se resolvió:

La razón que tuvo el legislador para no establecer taxativamente medidas cautelares en el artículo 1425, no fue un descuido, ni la intención de remitir al intérprete al artículo 1171, sino una clara intención de no limitar su procedencia, dada su importancia en el arbitraje comercial en el derecho nacional e internacional, dejando en libertad al juez para que, en su limitada pero trascendente participación en el procedimiento respectivo, pudiera dictar cualquier medida cautelar que tienda a satisfacer su propósito, que es, como se indicó, mantener de manera provisional, la situación de hecho o de derecho existente garantizando los resultados de una sentencia ejecutoria.

La *ratio* es tan atinada como plausible.

#### b) Medidas precautorias arbitrales

Con respecto a las medidas precautorias por tribunales arbitrales, se establecieron dos pasos. Primero, se hicieron ejecutables. Segundo, se estableció un régimen de responsabilidad.

*Ejecutabilidad.* La ejecutabilidad de las medidas precautorias arbitrales es un paso plausible y trascendente. Su plausibilidad deriva de que sacia la única debilidad de las medidas precautorias arbitrales (si se comparaban con las judiciales): su inejecutabilidad *de iure*, sólo *de facto*. Al respecto, el nuevo artículo 1479 establece:

Artículo 1479. Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480.

La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al juez de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

El juez ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el Tribunal Arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

El precepto tiene la virtud de inspirarse en la modificación que la CNUDMI hizo en 2006 a la ley modelo de arbitraje comercial internacional (la "Ley Modelo").

Es de esperarse que el paso levante cejas. La utilización de fuerza pública estatal mexicana para ejecutar un paso inherentemente privado dará lugar a comentarios, especialmente de sus destinatarios. Postulo que el paso no es tan novedoso como podría pensarse a primera impresión. Piénsese por ejemplo en el pagaré: es un instrumento fruto de la voluntad de las partes que el derecho mexicano ejecuta<sup>49</sup> (y en forma sumaria, mediante un mecanismo que privilegia al acreedor). De hecho, la misma aseveración puede hacerse sobre el derecho contractual (gracias al principio de obligatoriedad). Toda proporción guardada, se trata de lo mismo. Si, por ejemplo, un nacional sueco elegido como árbitro en una controversia entre un chileno y un mexicano emite una orden de congelar una porción de cuentas bancarias de la entidad mexicana a efecto de evitar dilapidación de activos, aunque esté escrita en un español extraño, masticado, el juzgador mexicano debe darle efectos.

Una segunda cuestión que puede generar duda es el significado de la palabra "estado" contenida en el primer párrafo del artículo 1479:<sup>50</sup>

Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el *estado* en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480 (énfasis añadido).

No faltará quien argumente que, al comenzar con la minúscula "e" —a diferencia de la mayúscula "E"—, la norma se refiere a una entidad federativa de la República Mexicana, mas no a un Estado extranjero. Y podría encontrar apoyo en el artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, argumentando que la ejecución de la medida implica darle "entera fe y crédito" a la medida, lo cual sólo es permisible con respecto a actos provenientes de órganos de la federación, no extranjeros.

<sup>49</sup> Artículo 174 y 150.II de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC).

<sup>50</sup> Estoy en deuda con Dyalá Jimenez por sus observaciones sobre este punto. Cualquier error es, sin embargo, atribuible exclusivamente al autor.

La interpretación sería errada. La interpretación correcta de la palabra "estado" en dicho precepto es que abarca cualquier jurisdicción, sea estadual o internacional. De hecho, es por ello que se utiliza la minúscula. Si se utilizara la mayúscula "E" se abriría la puerta a una interpretación más angosta. Después de todo, lingüística, política y legalmente, existe una diferencia entre "Estado" y "estado". Y el segundo abarca más que el primero.

Sobre el régimen de ejecución, el artículo 1479 del Código de Comercio establece que las medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales son judicialmente ejecutables, salvo ciertos casos (artículo 1480 del Código de Comercio). A continuación se comentará el régimen, los motivos del paso, y cómo debe entenderse.

Respecto a los casos de excepción, el artículo 1480 del Código de Comercio establece:

Artículo 1480. Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

I. Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al juez le consta que:

a) Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos a), b), c) o d) de la fracción I del artículo 1462.

b) No se ha cumplido la decisión del Tribunal Arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral.

c) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el Tribunal Arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó.

II. Si el juez resuelve:

a) La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que el mismo juez decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido, o bien que:

b) Alguno de los motivos de denegación enunciados en la fracción II del artículo 1462 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.

Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.

El precepto se inspira en el régimen de ejecución de laudos arbitrales tanto bajo la Convención de Nueva York<sup>51</sup> como la Ley Modelo de la CNUDMI.<sup>52</sup>

Permitir la ejecución judicial de medidas precautorias emitidas por tribunales arbitrales es tan fabuloso como vanguardista.<sup>53</sup> Sitúa a derecho arbitral mexicano como una jurisdicción avanzada. Pero no sólo eso, corrige la única desventaja de obtener medidas precautorias de tribunales arbitrales (en comparación con la alternativa: solicitarla del juez nacional): su incoercibilidad judicial.

El paso hace que la elección de acudir al arbitraje sea aún más atractiva, pues las medidas que el tribunal arbitral emita no sólo pueden ser más amplias en su contenido, sino también tan ejecutables como las obtenidas de un juez nacional.

La modificación no aborda la cuestión de cómo debe ser emitida la medida precautoria. Y dado que se ejecutará, sería natural pensar que debería ser emitida como laudo. De hecho, tribunales arbitrales diversos han tomado el paso de emitir medidas precautorias mediante laudo, y ocasionalmente han sido quemados en leña verde por puritanos. El motivo: siendo las medidas precautorias un instrumento *in natura temporal*, parece inadecuado documentarlas en un instrumento que por definición es *final*: el laudo.

Mi respuesta a dichos puritanos es que *tienen razón, mas no toda la razón*. Dado que las órdenes procesales arbitrales no eran ejecutables, emitir una medida precautoria mediante dicho instrumento era más

<sup>51</sup> Artículo V de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 ("Convención de Nueva York").

<sup>52</sup> Artículos 17.H y 17.I de la Ley Modelo de la Uncitral.

<sup>53</sup> Artículos 1433 y 1479 del Código de Comercio.

impecable en lo técnico, pero menos útil en lo práctico. El resultado: poco satisfará al acreedor saber que su medida precautoria es más teóricamente puntillosa, pero prácticamente ineficaz, particularmente al ver que el deudor toma medidas *de facto* para mermar la utilidad de las medidas que ha solicitado, y que no puede contrarrestar porque su tribunal arbitral se cegó por teoría.

Es ante lo anterior que se percibe la ventaja de la Reforma: nos permite ser más puritanos, sin sacrificios pragmáticos. Nos permite emitir medidas precautorias mediante órdenes procesales, sin restar su ejecutabilidad.

La fracción I(a) hace eco de las causales de nulidad y de no reconocimiento ni ejecución de laudos arbitrales. Ello fue un paso meditado por la CNUDMI cuyo propósito es permitir no ejecutar cuando en presencia de un "problema grave" como el que haría que un laudo no sea ejecutado. Dado que dicho precepto tiene un bagaje interpretativo que en el caso mexicano ha sido afortunado, se sugiere que el mismo reciba eco en este contexto, y que no se modifique ni revise por versar sobre un acto diverso: una medida precautoria. No hay nada en este contexto que cambie el sentido jurídico del artículo 1457(I) ni 1462(I) del Código de Comercio. El que verse sobre medidas precautorias no muda su contenido ni lo hace menos ni más estricto.

La fracción I(b) versa sobre caución. Sobre esto es importante recalcar que, contrario a la noción frecuentemente vista en nuestros derechos procesales, no siempre es necesario contemplar una caución. Los riesgos propiciados por la medida cautelar pueden estar autocontenidos por el hecho que el tribunal arbitral tomará dicho factor en consideración cuando determine la distribución de costos en el arbitraje. Ante ello, la caución puede sobrar, y con frecuencia sobra. Luego entonces, si un juzgador mexicano recibe para ejecutar una medida cautelar carente de caución, se sugiere no preocuparse por ello. Simplemente proceder a ejecutar la misma.

Finalmente, el último párrafo del artículo 1480 del Código de Comercio merece un comentario importante. Dice:

Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá

emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

El precepto es plausiblemente tautológico del principio que rige toda la relación entre el poder judicial y el arbitraje: *respeto del primero por el segundo y que las facultades del juez local vis-à-vis procedimientos arbitrales son excepcionales y de interpretación estricta*.<sup>54</sup> El motivo por el que la repetición en este contexto es encomiable obedece a que contrarresta la natural tentación de un juzgador llamado a ejecutar la medida cautelar. Al hacerlo, debe tener presente que está cooperando con un tribunal que tiene pleno conocimiento de causa, y que si hizo u omitió algo, sus razones debe tener. Por ende, cualquier tentación que exista o solicitud que se le haga para tomar algún paso no previsto por la medida debe ser descartada.

*Régimen de responsabilidad.* En la recta final de la aprobación legislativa de la Reforma se incluyó lo siguiente:

De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.

Para cualquiera que conozca, no sólo derecho arbitral, sino derecho procesal, los motivos por los que la disposición es errónea son evidentes. Con afán constructivo varios sondeamos la preocupación detrás del autor de la frase.<sup>55</sup> La única respuesta fue “para evitar casos de abuso”. Pero, ¿qué casos de abuso? Quienes nos dedicamos al arbitraje no percibimos que exista un “abuso” en las medidas precautorias. Más aún, si es que ha existido alguna instancia de una mala medida precautoria,<sup>56</sup> —algo que estoy dispuesto a suponer para efectos expositivos y argumentativos— la forma de manejar el “abuso” ya está contenida en el régimen de la medida precautoria (que

<sup>54</sup> Artículo 1421 del Código de Comercio.

<sup>55</sup> Los motivos y consecuencias del infortunio se comunicaron por diversas personas y organizaciones. No se obtuvo respuesta.

<sup>56</sup> Lo cual difícilmente podría tildarse de una tendencia. Se trataría en todo caso de una situación aislada. Una aberración. Entenderlo en forma distinta cometería el error lógico de generalizar a partir de la excepción.

incluye un régimen de responsabilidad tanto de las partes como de los emisores). Y lo hace de una manera correcta y sofisticada, nutrida de experiencia local e internacional. Ante ello, añadir una regla de responsabilidad, como se hizo,<sup>57</sup> es el equivalente jurídico de remachar precipitadamente una maquinaria suiza cuidadosamente calibrada.

Se observa que algunos han sido críticos en extremo con respecto a este paso. Coincido en que el paso es un yerro, pero disiento del drama con el que se describen las consecuencias.<sup>58</sup> Para remediar el error, deseo hacer una doble propuesta. Primero, llevar el bisturí legislativo a dicho precepto y extirparlo, como se haría a un tumor incipiente. Segundo, interpretar dicho precepto como una norma *ex abundante cautela* que refiere el tema al régimen especial: *la responsabilidad civil subjetiva*. Mas no añade nada. Sólo engarza. Para ello, como toda acción de responsabilidad civil subjetiva, es necesario que se acrediten elementos diversos, uno de los cuales debe ser culpa o dolo. Dado que un árbitro está encomendado a seguir un proceso en forma eficaz, lo cual puede (en ocasiones *tiene* que) incluir la emisión de medidas precautorias que eviten un daño o permitan seguir un proceso adecuado, debe entenderse que dicho motivo elimina la posibilidad de que se acredite el extremo de culpa o dolo. El árbitro simplemente está efectuando su cometido. Para eso lo contrataron las partes.

Un comentario final es relevante. El tropiezo ha tenido resultados paradójicos. Si bien la primera reacción (local e internacional)<sup>59</sup> del paso fue recibir críticas, inclusive declaraciones extremas en el

<sup>57</sup> O más bien procuró hacer, pues en su aplicación la norma no tiene el efecto indicado. Los motivos fueron agudamente explicados en la sesión que organizó el Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, en febrero de 2011. Para conocerlos, puede acudir a *Arbitraje*, *op. cit.*, 3a. ed., pp. 695 y ss.

<sup>58</sup> En la sesión anual del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en Cartagena de Indias el 25 de agosto de 2011, tuve la suerte de intercambiar impresiones sobre esta cuestión con distintos expertos. Mientras yo tomé la postura que el paso era el “pelo en la sopa” de la reforma, un conocido experto mexicano tomó la postura que era mejor entendido como una “cucaracha en la sopa”. Creo que —aunque ingeniosa y chusca— la metáfora es exagerada. Y tal parece que la experiencia empieza a darme la razón: siguen solicitándose y emitiéndose medidas no obstante el riesgo adicional para los árbitros de emitirlos. Veremos qué nos depara el futuro.

<sup>59</sup> Árbitros extranjeros reconocidos con casos en México manifestaron a este autor lamentación del paso, insinuándolo como un retroceso de derecho arbitral mexicano.

sentido que la herramienta había sido condenada a la muerte,<sup>60</sup> en forma interesante, durante el primer semestre de 2011, este autor ha presenciado más medidas precautorias en arbitrajes (tanto arbitrales como judiciales en apoyo a arbitrajes) que en el último lustro. El que ello sea *producto* de la Reforma o *no obstante* la misma es objeto de debate, inclusive especulación. Si el lector me permite una laxitud lógica,<sup>61</sup> tomaría la postura que el derecho y práctica arbitral son tan robustos que el error textual apuntado es insuficiente para arruinar una herramienta procesal de tal importancia. Los practicantes y abogados de arbitraje son lo suficientemente sofisticados como para dejarse engañar por el espejismo de dicho cambio textual.<sup>62</sup>

#### IV. COMENTARIO FINAL

Bertrand Russell tiene razón. Ante la dispersidad de información, la conclusión a la que el intérprete arriba asoma aquello que quienes estudian cómo los individuos razonan llaman las “predisposiciones”: aquel bagaje que todos tenemos en el subconciente. El sedimento intelectual que sirve de trasfondo (y con frecuencia fundamento verdadero) de las decisiones que tomamos, y que tanto influye en nuestro actuar.

Respetuosamente, quienes observan la reforma de derecho arbitral mexicano del 27 de enero de 2011 y lo único que ven es el último párrafo, citándolo como fundamento de una mala calificación a la Reforma, asoman una predisposición negativa inmerecida. Me recuerdan a aquellas personas que se les invita a una elegante boda repleta de cortesías y delicias para, después de una velada maravillosa, reunirse y exclusivamente comentar que los meseros eran algo lentos en sus atenciones. Mucho ganaríamos si fuéramos más serios en nuestras evaluaciones.

<sup>60</sup> Es interesante observar la facilidad con la que algunos arriban a conclusiones, no sólo lógicamente erradas, sino extremas.

<sup>61</sup> Pues admito que basar el comentario en *mi* experiencia podría ser estadísticamente cuestionable, o un caso de generalizar a partir de la excepción. Sin embargo, deseo señalar que la apreciación es compartida por diversos expertos mexicanos con los que he discutido el punto.

<sup>62</sup> Incluso deseo transmitir que en un par de casos en los que el autor ha actuado como árbitro, tribunales arbitrales han emitido medidas precautorias (inclusive algunas venturosas) tomando plena conciencia de dicho precepto, y obviándolo. La *ratio* que prevaleció: los buenos árbitros no deben dejarse espantar por el precepto. Se lo deben a las partes que los designaron.