
“EL ARTÍCULO 1461 DEL CÓDIGO DE CO-
MERCIO: ¿CUESTIONAMIENTO INDIRECTO
DEL COMPETENCE-COMPETENCE?”

JOSÉ LUIS ROLDÁN ORTEGA

SUMARIO: I. *Justificación*. II. *El Competence-competence*. III. *La ejecución del laudo de arbitraje*. IV. *Antecedentes de la exigibilidad del original del acuerdo de arbitraje*. V. *Análisis del requisito de exhibición del acuerdo de arbitraje*. VI. *Posturas en contra*. VII. *Conclusión*.

Resumen: Bajo el principio del *Competence-competence*, el tribunal arbitral al que se somete una controversia que fue sujeta a un acuerdo de arbitraje, está facultado para decidir sobre su propia competencia, por lo que previo a emitir un laudo de fondo, debe estudiar la existencia y validez del acuerdo de arbitraje. Bajo esa perspectiva, la exhibición del acuerdo de arbitraje exigida por el artículo 1461 del Código de Comercio como requisito ineludible

para la ejecución de un laudo de arbitraje, pudiera resultar en un cuestionamiento indirecto al principio del *Competence-competence*, pues la emisión de un laudo arbitral presupone la existencia de un acuerdo de arbitraje válido.

Palabras Clave: Arbitraje, Ejecución Laudo, Competence-competence

Abstract: In accordance with the doctrine of Competence-competence, the arbitral tribunal to which a dispute is submitted, subject to an arbitration agreement, has the power to decide on its own jurisdiction, so prior to issuing a substantive award, it must study the existence and validity of the arbitration agreement. Under this perspective, the submission of the arbitration agreement required by article 1461 of the Commercial Code as an ineluctable requirement to obtain the enforcement of an arbitration award may represent an indirect challenge to the principle of Competence-competence, since the issuance of an arbitral award presupposes the existence of a valid arbitration agreement.

Keywords: Arbitration, Enforcement Award, Competence-competence

I. JUSTIFICACIÓN

El arbitraje comercial como un medio alternativo de solución de controversias, es una vía eficaz para la resolución de conflictos legales entre particulares, en que las partes contratantes renuncian a la jurisdicción estatal y deciden someter sus diferencias futuras o presentes al dictamen de un tercero.

El arbitraje presenta algunas ventajas en comparación con los litigios ante una autoridad jurisdiccional, entre los que se encuentran: la posibilidad de un mayor conocimiento técnico de la materia de la controversia, así como la rapidez con la que se conducen este tipo de procedimientos. No obstante, los detractores señalan que una de las desventajas del arbitraje son los altos costos que representa para las partes, lo que inhibe la cantidad de controversias que son sometidas a estos procedimientos.

Una vez que se han llevado a cabo las actuaciones arbitrales y se ha emitido un laudo, comienza una nueva etapa: el reconocimiento y la ejecución, que por su propia naturaleza trae consigo una paleta de decibeles que resultan muy interesantes de analizar desde el derecho procesal.

El arbitraje como lo conocemos hoy en día, es un tema relativamente reciente, es a partir de la firma y entrada en vigor de la Convención de Nueva York¹, que los principios del arbitraje son homogeneizados en las diversas jurisdicciones, como sucedió con nuestro Código de Comercio. Con dicho acuerdo internacional se instrumenta la ejecución de los laudos arbitrales internacionales. Así, por ejemplo, en iguales términos que el artículo IV del acuerdo multilateral citado, el artículo 1461 de nuestra legislación mercantil establece los requisitos que debe cumplir aquella parte que solicite ante un tribunal nacional, la ejecución de un laudo de arbitraje.

¹Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Arbitraje Comercial Internacional del 20 de mayo al 10 de junio de 1958, en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América.

Entre los requisitos de “procedibilidad” exigidos por el Código de Comercio para admitir a trámite la solicitud de reconocimiento o ejecución, se encuentra la obligación de exhibir el “original o copia auténtica del acuerdo de arbitraje”.

Pero: ¿un laudo de arbitraje supone la existencia de un acuerdo de arbitraje válido y suficiente? ¿Basta la exhibición del laudo para presumir la existencia y validez del acuerdo de arbitraje?

Bajo el principio ampliamente reconocido en el arbitraje internacional como *Competence-competence*, el tribunal arbitral al que se somete una controversia que fue sujeta a un acuerdo de arbitraje, tiene la facultad de decidir sobre su propia competencia, es decir, es el mismo tribunal arbitral quien decide los alcances de su competencia para dilucidar la controversia planteada.

Para decidir sobre su propia competencia y los alcances de ésta, lo primero que debe realizar el tribunal arbitral, es analizar si existe un acuerdo de arbitraje válido que vincule a las partes y que sirva como soporte para el procedimiento arbitral, teniendo esto en mente podría resultar innecesario exigir como requisito a la parte que solicita la ejecución, la exhibición del original del acuerdo de arbitraje junto con el original del laudo, pues para la emisión del segundo es un presupuesto indispensable la existencia del primero.

De ahí que la exhibición del acuerdo de arbitraje exigida por el artículo 1461 del Código de Comercio, pudiera concluir en que es un cuestionamiento indirecto a la competencia del tribunal arbitral, porque el Juez que conoce de la ejecución, se negará a admitir a trámite la solicitud de ejecución, si no se le exhibe el original del acuerdo de arbitraje, mismo que bajo el principio del *Competence-competence*, ya fue declarado existente, válido y suficiente para sustentar la competencia del tribunal arbitral.

Presumir la emisión de un laudo arbitral supone un acto de responsabilidad de los árbitros que participaron durante el procedimiento, quienes legalmente y de manera consiente decidieron ser competentes para conocer de la controversia puesta a su consideración, resolviendo que existe un acuerdo de arbitraje válido, y que la disputa se encuentra dentro de la esfera competencial de la cláusula de arbitraje.

Entendemos que la intención de los redactores de la Convención de Nueva York y los legisladores que hicieron la adopción de la misma dentro del Código de Comercio, era la de asegurar la verdadera y legal existencia de un acuerdo de arbitraje pactado por la parte contra quien se invoca un laudo, a fin de proteger generalmente al demandado, quien en la mayoría de los casos ostenta la nacionalidad del estado en que se solicita la ejecución del laudo. Lo aquí apuntado, no necesariamente resulta en esencia perjudicial para el *Competence-competence*, sin embargo, imponer como requisito indispensable la exhibición del acuerdo de arbitraje para admitir a trámite la solicitud de ejecución, plantea desde el momento mismo de su rigurosa exigencia una cierta desconfianza a la labor del tribunal de arbitraje.

Muchos países han adoptado como política pública la promoción del arbitraje como un medio efectivo para la solución de controversias entre los particulares, pues es de reconocida experiencia los beneficios que los medios alternos de solución de controversias traen tanto para las partes, como para el estado, al reducirse la carga de trabajo dentro de los tribunales estatales. Así pues, en las diversas reglas de arbitraje de las instituciones administradoras y en las leyes emitidas por los Estados, se ha reconocido el principio de buena fe procesal en el arbitraje.

Bajo el principio de buena fe, un laudo arbitral debe presumirse como ajustado a derecho y vinculante para las partes a menos de que se incurra en cualquiera de los supuestos para negar su ejecución establecidos en el artículo V de la Convención de Nueva York, numeral que regula diversas hipótesis cuya violación es evidentemente trascendental al proceso, viciándolo de manera insubsanable. Pero no ocurre lo mismo ante la falta de exhibición del original del acuerdo de arbitraje.

Al imponer la Convención de Nueva York y el Código de Comercio mayores requisitos a quien solicita la ejecución de un laudo y que dicho requisito consista en la exhibición del acuerdo de arbitraje en original, pudiera traer como consecuencia un cuestionamiento al principio del *Competence-competence*. Pues inclusive puede suceder que la parte contra quien se invoca un laudo de arbitraje se allane a las pretensiones del ejecutante,

pero que al exigirse la exhibición de un acuerdo de arbitraje que materialmente desapareció o que no fue controvertido por la demandada en el procedimiento arbitral, se niegue la ejecución de un laudo por la ausencia de un requisito meramente formalista.

II. EL COMPETENCE-COMPETENCE

El principio del *Competence-competence* es aquel que confiere a los árbitros la facultad de resolver sobre su propia competencia y se constituye como una de las reglas principales del derecho del arbitraje. De conformidad con la doctrina, el *Kompetenz-kompetenz* (la forma alemana de la versión francesa y moderna del *Competence-competence*) significa que los árbitros eran los únicos que podían dirimir toda controversia relativa a su propia competencia². Esto parte de un principio lógico, pues si las partes celebraron un acuerdo de arbitraje para someter una controversia a la decisión de un tribunal arbitral, otorgan pues a éstos la facultad de resolver sobre: (i) su competencia y (ii) la controversia, en consecuencia, los tribunales de los estados no tendrían competencia alguna para resolver sobre las facultades del tribunal arbitral ni sobre la controversia de fondo³.

En la actualidad, en el derecho del arbitraje comparado, se reconoce al principio del *Competence-competence* sobre del *Kompetenz-kompetenz*, escuela francesa que representa un paradigma en vigor, González de Cossío citando a Herrmann señala que el juego entre el juez y el árbitro consiste en que la primera determinación sobre la validez del acuerdo arbitral le corresponde al árbitro, mientras que el segundo y final le corresponde al juez competente⁴.

²Santos Belandro, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, 3ª ed., México, Editorial Oxford, 2000, p. 198.

³Centro de Comercio Internacional y Centro de Arbitraje de México, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias. Como solucionar las controversias mercantiles internacionales*, México, Editorial Themis, 2003, p. 90.

⁴González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 4a ed, México, Editorial Porrúa, 2014, p. 355.

Según el principio del *Competence-competence*, los árbitros no son los únicos autorizados para dirimir las controversias que surjan respecto de su competencia, más bien tienen la facultad de temporalmente ser los primeros en resolver sobre esto, antes de que la justicia estatal revise la competencia del árbitro a petición de una de las partes⁵. Los destacados autores Pereznieto-Graham⁶, sostienen que el principio germano del *Kompetenz-kompetenz* no implica una incompetencia absoluta del juez estatal a pronunciarse también sobre la cuestión de la competencia del tribunal arbitral, pues el multicitado principio presenta en realidad únicamente una cuestión de regla cronológica y no de jerarquía, puesto que el tribunal arbitral será el primer facultado para resolver sobre la competencia y cuando las partes así lo requieran, será un juez estatal quien intervendrá para resolver el recurso de nulidad contra el laudo.

González de Cossío coincide con que al principio germano del *Kompetenz-kompetenz* no puede atribuírsele el significado de competencia exclusiva a favor del tribunal arbitral para resolver su competencia, pues la intención de la existencia de dicho principio no significa dejar puramente en las manos del tribunal arbitral la facultad de resolver en definitiva sobre su competencia, sino únicamente en primera instancia, es decir que el tribunal arbitral tenga la primera oportunidad de emitir un laudo al respecto, sujeto –en su caso– al análisis final de un juez, limitándose así el papel de los jueces a revisar el cumplimiento de elementos formales del laudo⁷.

El *Competence-competence*, consagra un efecto preclusivo del acuerdo de arbitraje como señala Santos Belandro, que obliga a los jueces abstenerse de resolver un litigio arbitrable y a permitir que los árbitros asuman su competencia. La doctrina ha afirmado paulatinamente en adjudicarle a los árbitros la facultad de resolver sobre su propia competencia, esta posición de la literatura

⁵Ídem.

⁶Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James A, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, México, Editorial Limusa, 2009, p. 136.

⁷González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, cit., p. 303.

legal y de la práctica internacional ha sido recogido en diversos reglamentos de arbitraje⁸.

Ahora bien, cuando una de las partes impugna la existencia o validez del acuerdo de arbitraje ante el propio tribunal arbitral, éste tiene la obligación de entrar al análisis de su competencia a la luz de las defensas argüidas por la demandada. La decisión respecto de su competencia la pueden tomar los árbitros ya sea como un laudo parcial o como un laudo final en el que se resuelve conjuntamente la controversia de fondo. Esto tiene como finalidad práctica la de evitar que alguna de las partes entorpezca el trámite del arbitraje a través de la interposición de recursos cuestionando la competencia del tribunal arbitral.

El principio del *Competence-competence* fue adoptado por la Ley Modelo de arbitraje de la UNCITRAL⁹ a razón de su existencia en diversas legislaciones contemporáneas, en la Ley Modelo, la facultad del tribunal arbitral de pronunciarse sobre su propia competencia incluye la de hacerlo de manera oficiosa sin la necesidad de que se hubiera opuesto una excepción de incompetencia, esto debido a que existen cuestiones que a pesar de no haber sido objetadas por las partes, no pueden ser depuradas con posterioridad como lo son la arbitrabilidad de la materia por causas de orden público¹⁰. Bajo la Ley Modelo de UNCITRAL, la decisión sobre la competencia del tribunal arbitral puede ser adoptada a discreción de los árbitros como una decisión previa o interlocutoria o como un laudo definitivo¹¹.

Este principio también es recogido por el derecho arbitral mexicano que en el artículo 1432 del Código de Comercio, otorga al tribunal arbitral no solo una competencia vinculatoria hacia las partes sino también la facultad para ejercer el *Competence-competence*, es decir resolver sobre su propia competencia al pronunciarse respecto de la existencia o validez del acuerdo de

⁸Santos Belandro, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, cit., p. 198.

⁹Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, UNCITRAL por sus siglas en inglés.

¹⁰Bañuelos Rizo, Vicente, *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Editorial Limusa, 2010, p. 221.

¹¹*Ibidem*, p. 226.

arbitraje¹². Para mayor claridad de lo anterior a continuación se transcribe el citado numeral legal:

“Artículo 1432.- El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

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

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo.”

De la anterior transcripción podemos apreciar de manera clara (incluso desde su primera oración), que el tribunal arbitral está facultado para resolver sobre su propia competencia, situación que puede ocurrir *ex -officio* al iniciar el procedimiento

¹²Pereznieto Castro Leonel y Graham, James A, *Tratado de arbitraje...*, cit., p. 136.

arbitral, al resolver las excepciones que se le planteen respecto de la existencia o validez del acuerdo de arbitraje o al emitir el laudo final.

No obstante lo arriba apuntado, es importante reconocer que la legislación y la jurisprudencia mexicanas, presentan un panorama que matiza el principio general de *Competence-competence*. A partir de un criterio jurisprudencial¹³ por contradicción emitido en el año de 2006 entre los sustentados por el Sexto y el Décimo Tribunales Colegiados en Materia Civil del Primer Circuito, la Primera Sala de la Corte resolvió que la facultad de *Competence-competence* del tribunal arbitral para ser el primero cronológicamente para resolver sobre su competencia, no resultaba una regla inamovible. Al respecto, González de Cossío apunta que el criterio vencedor (Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito): “*Inventa (improvisa), aun otra instancia de revisión por el juez de la jurisdicción del árbitro*”¹⁴.

En el criterio en comento, la Primera Sala de la Corte ejemplificó casos como aquellos en que se ejerza al mismo tiempo la acción para que se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible un acuerdo arbitral y se solicite una sentencia que resuelva el fondo de la controversia, caso en que sostiene, resulta necesaria la intervención del juez previo al dictado de la sentencia sobre el fondo, independientemente que esta suceda en sede judicial o en el arbitraje. La Corte invocó el artículo 1424 que faculta al Juez para negar la remisión al arbitraje si se comprueba en la instancia, que el acuerdo es efectivamente, nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Este mismo razonamiento fue adoptado con posterioridad por el legislador que reformó y adicionó el Código de Comercio en el mes de junio del año 2011, pues en el artículo 1465 concedió al Juez la potestad de negar la remisión al arbitraje si la nuli-

¹³Tesis 1a./J. 25/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 5.

¹⁴González de Cossío, Francisco, “Kompetenz-Kompetenz a la mexicana: Crónica de una muerte anunciada” <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/KOMPETENZ.pdf>

dad, ineficacia o imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son notorios desde el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje, pero imponiendo la obligación de adoptar un criterio riguroso en el examen de las causales de denegación.

III. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO DE ARBITRAJE

Tal y como lo apuntan los autores Redfern y Hunter¹⁵ es necesario distinguir entre el reconocimiento y la ejecución de un laudo de arbitraje, pues dichos términos son comúnmente utilizados como si siempre estuvieran indisolublemente vinculados. Por ejemplo, la Convención de Nueva York utiliza el término “reconocimiento y ejecución” de laudos extranjeros, no obstante, los términos son distintos. Al respecto la Convención de Ginebra de 1927 es más precisa, porque se refiere al “reconocimiento o ejecución”. Un laudo puede ser reconocido sin que sea necesariamente ejecutado, sin embargo, para que sea ejecutado indispensablemente debe ser reconocido por la corte que ordena su cumplimiento. La distinción precisa –en otras palabras– es entre “reconocimiento” y “reconocimiento y ejecución”.

El reconocimiento es generalmente un proceso defensivo, sucede cuando se solicita a una corte que resuelva respecto de una disputa que ya ha sido materia de un arbitraje previo, en contraste, cuando a una corte se le solicita la ejecución de un laudo, se le pide no solamente que reconozca el laudo sino también que asegure su cumplimiento utilizando los medios legales a su disposición¹⁶.

La ejecución de un laudo significa aplicar sanciones legales para coaccionar a la parte contra quien se solicita el cumplimiento del laudo. Estas sanciones legales pueden tomar varias formas, que pueden incluir conforme a Redfern y Hunter¹⁷: el

¹⁵Redfern, Alan y Hunter, Martín, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª ed., trad. del autor, Inglaterra, Editorial Thomson, 2004, p. 515.

¹⁶*Ibidem*, p. 516.

¹⁷*Ibidem*, p. 517.

embargo de propiedades o activos, aseguramiento de cuentas bancarias o en casos extremos (no en México) el aprisionamiento del deudor.

En el ámbito internacional es generalmente mucho más sencillo obtener el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales que de sentencias extranjeras emitidas por cortes estatales. Esto se debe a que el conjunto de tratados internacionales o regionales que regulan el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales están mucho más diseminados y mejor desarrollados que las correspondientes regulaciones en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias de cortes extranjeras. De hecho, esta es una de las principales ventajas del arbitraje como un método para resolver disputas comerciales internacionales¹⁸.

En México, en términos de lo dispuesto por el artículo 1461 del Código de Comercio, la parte que presenta un laudo para su reconocimiento o pide su ejecución, debe formular su pretensión por escrito exhibiendo necesariamente para tal efecto el original del laudo de arbitraje o copia debidamente autenticada y el original del acuerdo de arbitraje que conste por escrito y firmado por las partes o en un intercambio de cartas o comunicaciones electrónicas o en un intercambio de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. Para el caso de que los documentos se encuentren redactados en otro idioma, la parte que solicita la ejecución debe presentar además una traducción realizada por un perito oficial. Para mayor claridad a continuación se transcriben las citadas disposiciones legales:

“Artículo 1461.- Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo. *La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del*

¹⁸*Ibidem*, p. 519.

mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial.

Artículo 1423.- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con los laudos en materia civil, los laudos mercantiles no requieren de homologación alguna, y en términos de lo ordenado por el artículo 1471 del Código de Comercio en el mismo acto jurisdiccional se realiza el reconocimiento y la ejecución de un laudo:

“Artículo 1471.- Para el reconocimiento y ejecución de los laudos a que se refieren los artículos 1461 a 1463 de este Código, no se requiere de homologación. Salvo cuando se solicite el reconocimiento y ejecución como defensa en un juicio u otro procedimiento, el reconocimiento y ejecución se promoverán en el juicio especial a que se refieren los artículos 1472 a 1476.”

IV. ANTECEDENTES DE LA EXIGIBILIDAD DEL ORIGINAL DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

Tal como fue precisado en párrafos anteriores, para el reconocimiento y ejecución de un laudo de arbitraje, el Código de Comercio exige en su artículo 1461 la exhibición del original del

acuerdo de arbitraje o una copia certificada del mismo, así como en su caso una traducción al español elaborada por un perito oficial. Para mayor claridad a continuación se transcribe el citado numeral legal:

“Artículo 1461.- Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial.”

El transcrito artículo 1461 es esencialmente similar al diverso IV de la Convención de Nueva York, que a continuación se reproduce:

“Artículo IV

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;

b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.”

Bajo esa perspectiva, presentar el original o copia auténtica

del acuerdo de arbitraje puede interpretarse como un requisito *sine qua non* nuestra legislación no permitiría el reconocimiento o ejecución de un laudo de arbitraje.

No obstante, con fines de contribuir a la investigación y a la enseñanza del Derecho, conviene realizar un análisis respecto de la necesidad de ese requisito de procedibilidad que impone la ley. Como mencionamos en capítulos previos, el Código de Comercio realizó una incorporación de la Convención de Nueva York, y por tales razones el artículo 1461 del Código de Comercio recoge los mismos principios y requisitos del artículo IV de la Convención de Nueva York.

Al remitirnos a los trabajos preparatorios (*Travaux Préparatoires*) de la Convención de Nueva York, nos encontramos con algunas transcripciones de las discusiones sostenidas entre los delegados que participaron en la redacción del citado artículo IV, respecto de la conveniencia de exigir el original del acuerdo de arbitraje al solicitarse el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral.

Algunos representantes de los estados que participaron en la Conferencia¹⁹ encargada de la elaboración de la Convención de Nueva York, subrayaron la irrelevancia de la exigencia de presentación del acuerdo de arbitraje, incluso el representante de Francia²⁰, manifestó que al tratarse de laudos en materia mercantil y dada la naturaleza práctica del comercio, resultaría contradictorio exigir una prueba escrita del acuerdo de arbitraje, pues esto impondría cargas innecesarias, como a continuación se transcribe:

¹⁹Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Arbitraje Comercial Internacional celebrada en la Sede de las Naciones Unidas en la Ciudad de Nueva York en mayo-junio de 1958.

²⁰Es importante aclarar que la Ley de Arbitraje de Francia de 2011 exige como requisito para la ejecución del laudo la exhibición del original o copia auténtica del acuerdo de arbitraje.

“EXAMEN DEL PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRAJERAS. ACTA RESUMIDA DE LA 11ª SESIÓN”

Sr. Holleaux (Francia): El representante de Francia se pregunta si la prueba escrita, teniendo en cuenta que se trata de una convención sobre el arbitraje comercial y que en esta materia las reglas de la prueba son muy dúctiles hasta en las legislaciones, que como la francesa, siguen siendo bastante formalistas, no constituyen una exigencia demasiado excesiva... Muy a menudo la cláusula compromisoria no es más que una simple mención aceptada tácitamente por la otra parte. Exigir una prueba escrita es extremar un poco.

[...]

Sr. Pointet (Suiza): El Sr. Pointet hace suyas las observaciones del representante de Francia, puesto que también en Suiza puede demostrarse el acuerdo de las partes aunque no conste por escrito.

[...]

Sr. Cohn (Israel): Estima que la convención debe prever solamente un mínimo de requisitos comunes a los procedimientos de todos los países. Teniendo en cuenta que la legislación de algunos países puede no exigir la presentación del acuerdo de arbitraje, no hay ninguna razón para que una convención internacional se muestre más exigente [...].”²¹.

Después de intercambiar las anteriores opiniones, la Conferencia deja de lado la discusión respecto de la exigencia de la presentación del acuerdo de arbitraje y encomienda a un grupo de trabajo (*Working Party 3*) la redacción de un nuevo texto para el entonces artículo III (ahora IV). En desahogo de su comisión, el Grupo de Trabajo 3 incluyó la exhibición del original del acuerdo de arbitraje como requisito para solicitar la ejecución de un laudo de arbitraje.

²¹Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Arbitraje Comercial Internacional, “Acta Resumida de la 11ª Sesión del 27 de mayo de 1958”, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N58/143/68/PDF/N5814368.pdf?OpenElement>

Respecto de las deliberaciones dentro del grupo de trabajo encargado de la elaboración del nuevo proyecto, no tenemos muchos datos, es sino hasta su informe final que presentan a la Conferencia el 3 de junio de 1958 que declaran lo siguiente:

“El Sr. Sydow (Suecia) explica que el Grupo de Trabajo No. 3, cuya presidencia ejerce, le pidió presentara a la Conferencia un informe verbal sobre la labor cumplida y el texto de los artículos III, IV y V adoptado por dicho Grupo en su última reunión [...]

Teniendo en cuenta las observaciones y las enmiendas presentadas por varias delegaciones, se ha dado al artículo III (ahora IV) una nueva redacción en virtud de la cual sólo se exigirá del demandante pruebas fehacientes de que se justifica prima facie su pedido de ejecución de la sentencia, quedando la parte que se opone a dicha ejecución obligada a presentar las pruebas del caso para desvirtuar la pretensión del demandante [...]

El Sr. Koral (Turquía) observa complacido que en el nuevo texto propuesto para el artículo III (ahora IV) se reconoce tácitamente el principio de que el acuerdo de recurrir al arbitraje debe ser por escrito [...]

El Sr. Rognlien (Noruega) observa que el Presidente del Grupo de Trabajo ha dicho que todavía no está resuelta la cuestión de si el acuerdo de arbitraje debe hacerse por escrito. El orador no comprende cómo; en virtud del inciso b) del párrafo 1, podrá una parte en litigio presentar copias del compromiso de arbitraje o de la cláusula compromisoria si no se han hecho por escrito.

El Presidente explica que en caso de decidirse más adelante que el acuerdo de arbitraje no debe necesariamente ser escrito deberán efectuarse cambios consiguientes en el inciso b) del párrafo 1.

El Sr. Arnaud (Francia) estima que no deben exigirse demasiados requisitos a la cláusula del acuerdo original de arbitraje. En muchos casos, el arbitraje se basa simplemente en una cláusula compromisoria convenida por canje de correspondencia entre las partes [...]

Por 38 votos contra ninguno y 1 abstención queda aprobado el artículo III (ahora IV) en su forma enmendada.”²²

²²Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Arbitraje Comercial Internacional, “Acta Resumida de la 17ª Sesión del 3 de junio de 1958”, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N58/156/30/PDF/N5815630.pdf?OpenElement>

La discusión plenaria respecto de la forma que debe adoptar el acuerdo de arbitraje fue suspendida y reanudada hasta el 5 de junio de 1958²³, en la que sin mucha disputa al respecto fue adoptada la enmienda propuesta por los Países Bajos en la que se limita la existencia del acuerdo de arbitraje a constar por escrito o en un intercambio de cartas o teletex. Con lo anterior quedó agotada para la Conferencia la discusión respecto de la necesidad de exhibir el original del acuerdo de arbitraje al solicitar la ejecución del laudo de arbitraje.

Así, queda evidenciado que efectivamente en la mente de los redactores de la Convención de Nueva York existió la duda respecto de la necesidad de la exhibición del original del acuerdo de arbitraje al solicitarse la ejecución de un laudo, elaborándose buenos y sólidos argumentos al respecto.

Como se afirma arriba, la naturaleza propia del derecho mercantil, hace necesaria una regulación dúctil y franca que permita la celebración de transacciones inmediatas y sin formalidades, por lo que pudiera resultar gravoso imponer requisitos formalistas a aspectos accesorios a la transacción comercial, como lo es la inclusión de una cláusula de arbitraje y más aún exigir su presentación en original o copia autenticada al solicitar la ejecución del laudo de arbitraje.

V. ANÁLISIS DEL REQUISITO DE EXHIBICIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE.

A través de la respuesta que se pretende dar a las interrogantes siguientes se busca llegar a una conclusión respecto de la necesidad del requisito de exhibición del acuerdo de arbitraje en el juicio de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en nuestro país.

²³Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Arbitraje Comercial Internacional, "Acta Resumida de la 21ª Sesión del 5 de junio de 1958", <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N58/157/11/PDF/N5815711.pdf?OpenElement>

a. *¿Es necesaria la exhibición del acuerdo de arbitraje para reconocer y ejecutar un laudo de arbitraje?*

Nuestra legislación mercantil, en concordancia con la Convención de Nueva York, efectivamente exige la exhibición del original del acuerdo de arbitraje para conceder el reconocimiento y la ejecución de un laudo de arbitraje internacional. Pero esto pudiera representar una redundancia lógica y/o legal.

Conforme al *Competence-competence*, el tribunal arbitral se encuentra facultado para estudiar y resolver sobre su propia competencia, haciéndolo desde el momento mismo en que recibe las pretensiones de las partes o al resolver las excepciones que le hiciera valer la demandada, emitiendo un laudo parcial o un laudo final en el que, de considerar existente y válido el acuerdo de arbitraje, entrará al estudio del fondo.

La emisión de un laudo de arbitraje, presupone de manera lógica la existencia de un acuerdo de arbitraje válido (en cualquiera de las formas que nuestra legislación permite), es decir que un tribunal arbitral tuvo a la vista y estudió conforme a las reglas aplicables, un acuerdo de arbitraje que resultaba válido, por lo que sustentó su competencia para conocer del caso que habría de resolver de fondo.

También implica, conforme a los criterios judiciales que los tribunales mexicanos han sostenido, que la parte contra quien se solicita la ejecución del laudo arbitral tuvo la oportunidad de argumentar frente al tribunal arbitral la inexistencia o invalidez del compromiso arbitral, así como antes, durante o después del procedimiento arbitral tuvo la posibilidad de acudir ante un tribunal estatal a demandar la nulidad del laudo arbitral o del compromiso arbitral, por lo anterior, queda completamente garantizado que ante la inexistencia o invalidez del compromiso arbitral la parte contra quien se solicita la ejecución de un laudo no quedará inaudita.

Luego entonces, el laudo de arbitraje se constituye como una presunción lógica de la existencia de un acuerdo de arbitraje y en principio resulta redundante e innecesario exigir su presentación para admitir a trámite la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo.

b. *¿Qué beneficio aporta a las partes el requisito de exhibición del original del acuerdo de arbitraje al solicitar la ejecución de un laudo?*

Lo que aparentemente se busca con el artículo 1461 del Código de Comercio exigiendo la exhibición del acuerdo de arbitraje al solicitarse la ejecución de un laudo de arbitraje, es brindar seguridad jurídica a las partes, en específico a la parte contra quien se solicita la ejecución, que en el caso de laudos arbitrales generalmente es de nacionalidad mexicana. Este requisito supone que sólo habrá de ejecutarse un laudo arbitral si existe un acuerdo de arbitraje válido y suficiente.

Como se explicó en párrafos anteriores, la emisión de un laudo de arbitraje presupone la existencia de un acuerdo válido, por lo que resulta redundante exigir nuevamente la presentación de un acuerdo que ya fue estudiado previamente por un tribunal arbitral.

Otra de las razones para considerar innecesaria su presentación ante el juez al momento de solicitarse la ejecución, es que la exhibición exigida por el artículo 1461 es meramente formalista, como si se tratara de una simple lista de requisitos a cumplir (*checklist*), pues el juzgador se encuentra impedido para estudiar *ex officio* la existencia o validez del acuerdo de arbitraje, por lo que su actuación al recibir la solicitud de ejecución se limita únicamente a comprobar que hubiera sido anexado a la demanda, es decir realizar un mero estudio superficial, más no a pronunciarse sobre si cumple con los requisitos de existencia o de validez exigidos en la regulación aplicable.

En otras palabras, este requisito se erige como una mera formalidad que busca inhibir conductas inadecuadas (como lo sería presentar laudos en los que no se hubieran seguido las formalidades del procedimiento).

c. *¿La sola existencia de un laudo de arbitraje es suficiente para tener por existente y válido un acuerdo de arbitraje?*

En la opinión del autor de este trabajo si lo es, pues supone el análisis previo de un tribunal arbitral que resolvió la existencia

y validez de un acuerdo de arbitraje y su competencia para pronunciarse respecto de la cuestión de fondo que le fue planteada, asumiendo con ello la responsabilidad que conlleva el desempeño de su profesión y la de la institución administradora del arbitraje.

Las instituciones administradoras de arbitraje imponen como requisito de admisión de la solicitud de arbitraje la presentación del acuerdo compromisorio²⁴, a efecto de que el tribunal arbitral se encuentre en posibilidad de decidir sobre su propia competencia, en estricto apego del *Competence-competence*.

Así por ejemplo el artículo 4 inciso c) del Reglamento de Arbitraje de la ICC²⁵, prevé que para admitirse a trámite una solicitud de arbitraje, el solicitante debe incluir *“todo convenio pertinente, y en particular, el acuerdo o los acuerdos de arbitraje”* y además señala de manera tajante *“Si la demandante omite cumplir cualquiera de estos requisitos, la Secretaría podrá fijar un plazo para que la demandante proceda al cumplimiento; en su defecto, al vencimiento del mismo, el expediente será archivado sin perjuicio del derecho de la demandante a presentar en fecha ulterior las mismas pretensiones en una nueva Solicitud”*²⁶.

En iguales condiciones se encuentra el Reglamento de Arbitraje de la CANACO²⁷, que en su artículo 23 señala precisamente que la parte que solicita el arbitraje deberá exhibir junto con su demanda el acuerdo de arbitraje:

“1. A menos que el escrito de demanda se haya incluido con la notificación del arbitraje, dentro de un plazo que determinará el tribunal

²⁴En este punto no debemos olvidar la posibilidad de tener por válido un acuerdo de arbitraje en un intercambio de demanda y contestación en que la primera afirme la existencia del acuerdo sin ser negada por la segunda, pues parece ser que se refiere precisamente a la etapa procesal conducida ante el tribunal arbitral, aunque no existe claridad sobre ello.

²⁵Cámara de Comercio Internacional.

²⁶Cámara de Comercio Internacional, “Reglamento de Arbitraje y de Medios Alternativos de Solución de Controversias de la Cámara de Comercio Internacional”, <http://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/ReglamentodeArbitrajeICC.pdf>

²⁷Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

arbitral, la parte Demandante comunicará su escrito de demanda a la Comisión, a la otra parte y a cada uno de los árbitros. El escrito de demanda deberá ir acompañado de una copia del contrato o, si existiere, del documento que haya dado origen a la relación extracontractual y otra del acuerdo de arbitraje, si éste no está contenido en el contrato.”²⁸

Lo anterior, coincide con el Reglamento de Arbitraje del CAM²⁹ que en su artículo 4.6. que exige como requisito de presentación de la demanda anexar el acuerdo de arbitraje “*A la Demanda deberá anexarse el acuerdo de arbitraje y el contrato o documento base de la acción.*”³⁰

Ahora bien, conforme a las reglas de arbitraje del CAM, el tribunal arbitral es a quien corresponde decidir sobre la existencia y validez del acuerdo de arbitraje, tal como lo señala en su artículo 12.3., mismo que procesalmente es distinto al correlativo de las reglas de arbitraje CANACO, pero ambos recogen el mismo principio del *Competence-competence*. Numeral que para mayor claridad a continuación se transcribe:

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

²⁸Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, “Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México”, <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/Arbitraje/New/contenido.php?id=15&con=contenido#cap1>

²⁹Centro de Arbitraje de México.

³⁰Centro de Arbitraje de México, “Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México adoptadas a partir del 1º de octubre de 2010”, <http://www.camex.com.mx/images/pdf/reglas%20de%20arbitraje%20del%20cam%20adoptadas%20por%20arias%20mexico.pdf>

El reglamento de la CANACO resulta especialmente ilustrativo, puesto que en su artículo 26 establece de manera expresa la facultad del tribunal arbitral para decidir respecto de la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje, numeral que para mayor claridad a continuación se transcribe:

“Artículo 26

Declaratoria de la competencia del tribunal arbitral

- 1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso de las objeciones respecto de la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje.*
- 2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte un acuerdo de arbitraje. Para los efectos de este artículo, un acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no entrañará ipso iure, la invalidez del acuerdo de arbitraje.*
- 3. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser promovida por escrito, a más tardar en la contestación o, con respecto a una reconvencción, en la réplica a esa reconvencción.*
- 4. En general, el tribunal arbitral deberá emitir un laudo preliminar sobre las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final.”³¹*

En el último de los casos, aún sin exhibirse el acuerdo de arbitraje, si la existencia de este es afirmada en la demanda arbitral y en la contestación a la demanda no se niega su existencia, entonces el compromiso arbitral es válido, y bajo esas premisas el tribunal arbitral descansará su competencia, análisis que forzosamente deben realizar los árbitros.

Los tres reglamentos arriba mencionados ICC, CANACO y CAM (que resultan ser los más utilizados en arbitrajes sede

³¹Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, “Reglamento de arbitraje de ...”, *cit.*

México), son una pequeña muestra para subrayar que todos los reglamentos arbitrales descansan en el principio del *Competence-competence*, y que por tanto el tribunal arbitral se encuentra obligado de una manera u otra a estudiar la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje ya sea *ex officio* o a petición de una de las partes, por lo que de manera lógica la emisión de un laudo arbitral presupone la validez de un acuerdo de arbitraje.

d. ¿Un tribunal estatal debe desechar una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo de arbitraje porque no le fue exhibido el original del acuerdo de arbitraje?

Si, conforme a lo dispuesto por el multicitado artículo 1461 del Código de Comercio, pues de una interpretación literal del mismo se desprende que la exhibición del original o copia auténtica del acuerdo de arbitraje es un requisito indispensable para solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo de arbitraje.

Ahora bien, a partir de la reforma constitucional del año de 2011, se han emitido una serie de criterios judiciales en los que se ha buscado una protección más amplia de los derechos fundamentales y una interpretación *pro homine* de las normas. Bajo esa perspectiva, diversos tribunales han sostenido que debe privilegiarse la acción sobre requisitos formalistas³².

Conforme a lo resuelto por nuestros tribunales, debe buscarse la conservación de la acción eliminando aquellos formulismos innecesarios, sin que se subsanen los defectos procesales en que hubieran incurrido las partes. En este punto resulta fructífero realizar un análisis respecto de si el requisito de exhibición del original del acuerdo de arbitraje debe ser considerado como un formulismo innecesario o es un requisito procesal que no puede ser subsanado en aras de conservar la acción.

Como se ha señalado en párrafos precedentes, la exhibición del original o copia auténtica del acuerdo de arbitraje debe cumplirse precisamente al momento de solicitarse el reconoci-

³²Tesis: I.3o.C. J/4, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVI, enero de 2013, t. III, p. 1829.

miento o ejecución del laudo de arbitraje, es decir debe acompañarse a la demanda.

Ahora bien, el juzgador que recibe la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo de arbitraje únicamente se limita a tener por exhibido el acuerdo de arbitraje sin encontrarse facultado en ese momento procesal para estudiar si cumple con los requisitos de validez conforme a las normas que resulten aplicables para así determinarlo, partiendo de lo anterior, la exhibición del acuerdo de arbitraje es un mero formulismo que resulta innecesario. En resumen, por las siguientes razones:

I. La emisión de un laudo de arbitraje supone la existencia de un acuerdo de arbitraje válido, pues un tribunal arbitral sostuvo su competencia con base en dicho acuerdo de voluntades.

II. El juez, al recibir la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo de arbitraje, se encuentra impedido para analizar si dicho acuerdo de arbitraje cumple con los requisitos de existencia o validez, pues su labor se limita a tenerlo por exhibido.

III. Nada impide que durante el procedimiento se acredite la existencia o validez del acuerdo de arbitraje por otro medio, por ejemplo, allanamiento, o una confesión o reconocimiento espontáneo de la parte contra quien se solicita la ejecución del laudo, en estos casos ¿aún debe tenerse por no acreditada la celebración del acuerdo de arbitraje?

Afirmar lo anterior sería privilegiar los formalismos sobre la impartición de justicia.

e. ¿La parte contra la que se solicita el reconocimiento y ejecución de un laudo de arbitraje debe tener la carga procesal de demostrar la inexistencia o invalidez del acuerdo de arbitraje?

Si obviamos el requisito de exhibición del original del acuerdo de arbitraje al solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo de arbitraje, tenemos entonces que el accionante deberá únicamente exhibir el original o copia auténtica del laudo de arbitraje.

Ahora bien, admitida la solicitud de ejecución, en términos de lo dispuesto por el artículo 1473 del Código de Comercio, se deberá dar vista a la parte contra quien se solicita la ejecución para que en el término de 15 días siguientes manifieste lo que a su interés convenga. Es en este momento procesal, que la parte demandada tiene la oportunidad de argumentar que una de las partes en el acuerdo de arbitraje era incapaz, que el acuerdo no es válido, que el laudo excede al acuerdo de arbitraje o que el tribunal no se compuso conforme a lo acordado, todas excepciones relacionadas directamente con el acuerdo de arbitraje, de conformidad con lo ordenado por el artículo 1462 del Código de Comercio:

“Artículo 1462.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiera dictado cuando:

I.- La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución que:

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

[...]

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, sin las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras;

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o [...].”

En lo que respecta a la excepción de inexistencia del acuerdo de arbitraje, la inexistencia es un hecho negativo, por lo que no es susceptible de ser materia de prueba, por lo que lógica-

mente y en todos los casos corresponderá a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo de arbitraje acreditar su existencia.

En lo concerniente a la invalidez, si bien la demandada se encuentra obligada a acreditar que el acuerdo no es válido, cierto es que dicha afirmación entraña en última instancia la negación de toda acción y derecho del demandante para solicitar la ejecución del laudo arbitral. Por lo anterior, y tomando en consideración que la actora afirma que el acuerdo de arbitraje es válido, a ésta última correspondería exhibir el original o copia auténtica del acuerdo de arbitraje al momento de desahogar la vista con las excepciones y defensas opuestas por la demandada. Limitándose la obligación de exhibir el acuerdo de arbitraje por el accionante únicamente cuando la ejecutada invoque alguna de las causales previstas en los incisos a, c, y d de la fracción I del artículo 1462 del Código de Comercio, pues estas representan las únicas hipótesis relacionadas con el acuerdo de arbitraje por las que puede negarse el reconocimiento y ejecución de un laudo de arbitraje.

Por su parte, las excepciones basadas en que el laudo excede el acuerdo de arbitraje o que el tribunal arbitral no se conformó en términos de lo previsto en el acuerdo, son cuestiones que deberán ser deducidas solamente a la luz del compromiso arbitral, es decir que este último será una prueba necesaria a desahogarse para determinar la procedencia de las excepciones opuestas, por lo que su exhibición resulta indispensable solamente cuando se opone alguna de estas defensas.

En otras palabras, podemos prescindir de exigir al solicitante de la ejecución la exhibición del acuerdo de arbitraje conjuntamente con su demanda.

En este momento surgiría la cuestión de probablemente dejar en estado de indefensión a la demandada al no haber tenido a la vista el acuerdo de arbitraje al momento de dar contestación a la demanda, no obstante, esto no sucede así partiendo de las siguientes premisas:

Si la defensa de la demandada, consiste en argumentar la inexistencia o invalidez del acuerdo de arbitraje o el exceso de

facultades del tribunal arbitral, y que no tuvo conocimiento del acuerdo de arbitraje o del documento en que consta, dentro de los tres días siguientes a la exhibición del acuerdo de arbitraje por la accionante, puede oponer las excepciones que resulten procedentes como supervenientes, en términos de lo dispuesto por el artículo 1327 del Código de Comercio y 330 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la legislación mercantil.

Adicionalmente e independientemente de la cuestión de concordancia lógica entre el *Competence-competence* y el requisito de exhibición del acuerdo de arbitraje, relevar de dicha carga procesal al ejecutante también resultaría útil en aquellos casos en que el acuerdo de arbitraje es válido conforme a las leyes con que fue celebrado, pero que no consta por escrito, pues podría existir el caso que el acuerdo de arbitraje se hubiera celebrado en otra forma que no necesariamente deja constancia (como lo apuntó el Sr. Holleaux representante de la delegación francesa en los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York), y que dicha celebración fuera judicialmente reconocida por la ejecutada.

También sería útil para ejecutar laudos arbitrales en casos en que la accionante no tiene en su poder el original o copia auténtica del acuerdo de arbitraje, por cualesquiera razones fáctica por las que esto pudiera ocurrir.

La propuesta resulta actual debido a las nuevas formas de celebración de contratos en el comercio internacional, pues es cada vez más usual que los contratos no sean celebrados por medios que pudieran dejar constancia documental como explica la UNCITRAL³³. Existen casos como el contrato de salvamento marítimo que pudiera celebrarse a través de radiotelecomunicaciones (entre el puerto y el capitán del barco), en el que se hace una referencia a un formulario preexistente que contiene una

³³Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Solución de Controversias Comerciales. Acuerdo sobre la forma del arbitraje. 19 junio a 7 de julio de 2006.”, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/530/28/PDF/V0653028.pdf?OpenElement>

cláusula compromisoria arbitral comúnmente aceptado como un uso mercantil, tal como ocurre con el formulario abierto de Lloyd´s³⁴, o los contratos de compraventa internacional de mercaderías con formularios como los de la GAFTA³⁵ que someten a las partes al arbitraje.

Bajo la misma premisa, la Ley Modelo de UNCITRAL al definir el acuerdo de arbitraje en su artículo 7º párrafo primero señala que es el *“acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias o ciertas controversias que puedan surgir entre ellas respecto de determinada relación jurídica, contractual o no contractual”*³⁶, sin hacer referencia a requisito de constar por escrito o estar firmado por las partes.

La misma Ley Modelo UNCITRAL en su artículo 35 relevó de la carga de exhibir el original del acuerdo de arbitraje conjuntamente con la solicitud de ejecución, explicando en su versión electrónica que el numeral en comento fue enmendado por la Comisión en el año de 2006 durante el 39º periodo de sesiones y algo que resulta trascendental para esta exposición; que la intención de los redactores es que el procedimiento a que se hace referencia el numeral 35 sirva como referencia para establecer un límite máximo de requisitos que deberán imponer los estados a las partes para ordenar la ejecución de un laudo, mientras que se deja en entera libertad a los estados de reducir aún más los requisitos propuestos por la Ley Modelo a fin de agilizar los procedimientos de ejecución en beneficio del comercio y la impartición de justicia internacional.

³⁴*Lloyd´s Open Form of Salvage Agreement (LOF)*”. Mercado de aseguradoras de Londres, Inglaterra.

³⁵Asociación del Comercio de Granos y Alimentos, GAFTA por sus siglas en inglés.

³⁶Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006”, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

VI. POSTURAS EN CONTRA

González de Cossío citando a Jan Van den Berg, apunta que la Convención de Nueva York, establece una regla uniforme de los requisitos que debieran cumplirse al solicitar la ejecución de un laudo de arbitraje, esto es la exhibición del laudo y el acuerdo de arbitraje, por lo que no existe argumento textual para sostener que dicha convención permita un margen de acción para aumentar o disminuir dichos requisitos³⁷.

Pudiera rebatirse también que la exhibición del original del acuerdo de arbitraje desde el momento mismo de la solicitud de ejecución del laudo resulta necesaria a efecto de que el Juez se encuentre en aptitud de realizar el análisis de arbitrabilidad y orden público previsto por la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio, sin embargo, en consideración del suscrito, esto no sucede, como se explicará a continuación:

El artículo 1462 del Código de Comercio señala las causas por las que el Juez podrá denegar la ejecución de un laudo, y en iguales condiciones que la Convención de Nueva York, utiliza el verbo “podrá”, situación que algunas cortes internacionales han atribuido a que el ejercicio de dicha facultad es potestativa más no coercitiva. En otras palabras, diversas cortes en el mundo han sostenido que el Juez no está obligado a realizar *ex officio* el análisis de arbitrabilidad y aun haciéndolo y encontrando la controversia inarbitrable, puede ordenar la ejecución del laudo³⁸.

Consecuentemente, para el caso de que el Juez decida realizar un análisis oficioso de la arbitrabilidad u orden público del laudo, dicho estudio deberá centrarse de manera directa en el propio laudo y solo de manera indirecta o refractaria en el acuerdo de arbitraje, por lo que la exhibición de este último desde el momento de mismo del ingreso de la solicitud de ejecución resulta innecesaria.

³⁷González de Cossío, Francisco, *Arbitraje, cit.*, p. 932.

³⁸International Council for Commercial Arbitration, “Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958”, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_convecciones_guia_interpretacion_convencion_ny.pdf

En última instancia, el juzgador tiene amplias facultades para requerir –si así lo considera, el desahogo de pruebas para mejor proveer en la sentencia, por lo que para el caso de que decida realizar un análisis oficioso de la arbitrabilidad del laudo y no siendo suficiente la exhibición de este último para su estudio, bien podría requerir al ejecutante la exhibición del acuerdo de arbitraje en cualquier momento del procedimiento.

VII. CONCLUSIÓN

En consideración del autor, la eliminación del requisito de exhibición del acuerdo de arbitraje conjuntamente con la demanda, pudiera resultar en un mayor beneficio al cumplimiento de laudos arbitrales, al evitar cargas procesales en momentos innecesarios, pues pudiera darse el caso que incluso la parte contra quien se solicite la ejecución de un laudo de arbitraje se allane a las pretensiones de la actora, sin necesidad de imponer *a priori* al accionante la carga de acreditar por segunda vez (la primera fue ante el tribunal arbitral) la existencia del acuerdo de arbitraje.