

Compétence-Compétence y la remisión al Arbitraje



FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO

Abogado por la Universidad Iberoamericana,
Maestría y doctorado en Análisis Económico del Derecho por la Universidad de Chicago,
Grado de negocios y finanzas por la Universidad de Harvard,
Miembro de la Corte de la *London Court of International Arbitration*,
Profesor de Arbitraje y Competencia Económica en la Universidad Iberoamericana y
la Escuela Libre de Derecho.

SUMARIO:

- I. Significado de *Compétence de la Compétence*.
- II. La remisión al arbitraje.
- III. Comentario final.



AUTOR EXTRANJERO

ADVOCATUS | 31

RESUMEN:

En el presente artículo, González de Cossio analiza la relación entre la remisión al arbitraje y la facultad del árbitro de decidir sobre su competencia, y cómo dichos elementos incluyen a su vez derechos fundamentales: derecho a acudir a arbitraje y derecho a obtener justicia estatal. Para ello, aborda el significado de *Compétence-Compétence*, el motivo por el que existe y el dilema que resuelve.

Palabras clave: Francisco González de Cossio; Arbitraje; *Compétence-Compétence*; remisión al arbitraje.

ABSTRACT

In this opportunity, González de Cossio analyses the relation between the referral to arbitration and the arbitrator faculty to decide his own competition, and how this elements includes at the same time fundamental rights: the right to seek arbitration and the right to obtain public justice. To that end, the author examines the meaning of *Compétence-Compétence*, the motive of its existence and the dilemma it solves.

Keywords: Francisco González de Cossio; Arbitration; *Compétence-Compétence*; referral to arbitration.

Hay algo profundo e interesante en la relación entre la remisión al arbitraje y la facultad del árbitro de decidir sobre su competencia (el principio *Compétence-Compétence*). Su comprensión y correcta implementación es crucial pues implica en esencia un justo medio entre dos polos que incluyen derechos fundamentales. Por un lado, el derecho a que se cumpla el pacto arbitral: el derecho fundamental a acudir al arbitraje. Por otro, el derecho fundamental a obtener justicia estatal: el derecho público subjetivo de tutela judicial. Para explicar por qué, a continuación abordo el significado de *Compétence-Compétence*, el motivo por el que existe y el dilema que resuelve, no sin antes mencionar el régimen de trasfondo: el derecho público subjetivo a obtener justicia.

Como regla, están los tribunales estatales para resolver los problemas entre particulares. De ello se cerciora la Constitución. El mismo precepto contempla el derecho a no ejercer dicho derecho. Más puntualmente, el derecho a utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias. Dicho derecho existe por el simple hecho de que hay ocasiones en que lo que más conviene o lo que le puede interesar al gobernado es encausar un problema a uno de los mecanismos que conforman el género

de solución alternativa de controversias. Los motivos son diversos, y no son objeto de esta nota¹. Lo que es conveniente aquí mencionar es que si un particular hace uso de dicho derecho, el pacto debe ser respetado.

Aceptado ello, puede suceder que la validez del pacto sea objeto de diferencia de opinión – en sí, una disputa. Esto encierra, o más bien puede encerrar, una ironía. Si una persona considera que no existe la obligación de arbitrar, exigir que se encause en arbitraje la solución a dicha postura es hacer justamente a lo que se opone. Obligarlo a cumplir la obligación cuya existencia cuestiona.

Este es el dilema que deseo comentar en esta nota. Para entender su solución, es necesario tener un cabal entendimiento del principio *Compétence* de la *Compétence*.

I. SIGNIFICADO DE *COMPÉTENCE* DE LA *COMPÉTENCE*

Compétence, en su mejor expresión, significa que el árbitro es el primer juez de su jurisdicción. Es decir, la versión más refinada de *Compétence* es que es una regla de tiempos: el árbitro decide primero, el juez en definitiva.

1. Éstos son abordados en: *Arbitraje*. Cuarta Edición. Ciudad de México: Editorial. Porrúa, 2014. El marco conceptual detrás de cuándo usarlos está en las páginas 9 y siguientes.

El principio es frecuentemente citado como emblemático del arbitraje. Como uno de sus principios más caros. Lo que con menos frecuencia se comenta es la función que cumple. Su por qué y para qué.

Si *Compétence* no existiera, tendría que inventarse. El motivo se hace aparente si se considera lo que ocurriría en un mundo sin *Compétence*.

Un ejemplo puede ilustrar por qué. A demanda a B. B opone como excepción (defensa) que el contrato es nulo. No se trata de una táctica dilatoria o uno de los –frecuentemente vistos– argumentos “escopeta” que cuestionan todo, desde la identidad del tribunal, todas sus órdenes procesales, hasta la marca del café usado en las audiencias. Y por supuesto, la validez del contrato. Se trata de un argumento que puede ser exitoso dada la inteligencia con la que se presenta, y sobre todo por que descansa en una norma imperativa contenida en el derecho aplicable que bien puede tener el resultado indicado.

Una respuesta natural es aducir que la cuestión sobre la validez del contrato que contiene el acuerdo arbitral es parte del género de disputas comprendidas en la cláusula arbitral (que dice “Toda disputa de este contrato será ventilada en arbitraje”). Pero ello detona un problema. Si B cuestiona la validez del contrato, incluyendo la validez jurídica de las obligaciones contenidas en el mismo, una de las cuales es arbitrar, exigir arbitraje invita una discusión semejante a lo que la lógica llama “afirmar el consecuente”: suponer el resultado. Dar efectos justamente a la obligación que se está cuestionando.

Es en esta coyuntura analítica que entra *Compétence*. No es un paso obligado ni en la lógica ni en la jurídica. Es un paso de política legislativa. En su expresión cruda, *kompetenz* significaba “el árbitro es el juez de su jurisdicción”. Su expresión

refinada es “el primer juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro”. ¿Por qué el primer? Porque el juez final será el juez estatal competente.

No puede ser al revés por tres motivos. Primero, porque el árbitro no puede pasar juicio sobre la determinación del juez. Segundo, si el juez pasara juicio ex ante sobre la jurisdicción del árbitro, el efecto sería que para arbitrar, se necesitaría litigar – un contrasentido si se considera que el núcleo de la voluntad de las partes al pactar arbitraje es no litigar. Lo que en el *Liber Amicorum Cremades y Derains* llamé “La Ironía de *Compétence*”²: para arbitrar sería necesario litigar. Tercero, es válido suponer que éste resultado lamentable se tornaría en insoportable: cualquier cuestionamiento, sin importar cuán banal e improcedente sea, daría lugar a que tuviera que litigarse judicialmente, probablemente durante años, para que se le dé la razón a quien quería recurrir al arbitraje en primer lugar. Una táctica dilatoria preciosa por exitosa.

Es lo anterior lo que explica el que exista la decisión de política arbitral de que los cuestionamientos sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral sean considerados por el tribunal arbitral mismo, salvo casos de nulidad “manifiesta” (según la visión francesa) o “gateway” (en términos de Estados Unidos). Es decir, en su esencia, *Compétence* es un principio que da efectos a la voluntad de las partes. Que evita caer en la ironía que para arbitrar es necesario litigar.

Esto es importante recalcar pues es frecuentemente pasado por alto. Jurisdicciones diversas –a veces por sus máximos tribunales– han errado en este punto. Los motivos han sido entendibles: la preocupación de afirmar el consecuente. Exigir arbitrar cuando se cuestiona todo es suponer demasiado. Sin embargo, conocidos los motivos ya indicados, se torna en entendible y aceptable. Y por ende venerable.

2. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La ironía de *Compétence-Compétence*”, En: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel y ARIAS, David (Editores). *Liber Amicorum Cremades y Derains*. Madrid: La Ley, 2010.

II. LA REMISIÓN AL ARBITRAJE

La remisión al arbitraje es la forma en que se implementa lo anterior. Entendido el dilema, la redacción de la norma que acoge el principio no es fácil. Si se mal diseña, puede afectarse un derecho fundamental: ya sea por exceso o por defecto. Por exceso, si se encausan al arbitraje casos que deberían ir a los tribunales. Por defecto, si se encausan a los tribunales casos que debían acabar en arbitraje.

¿Cómo distinguir? El artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071 dice:

“El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral (...)”.

El artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1071 regula la excepción del convenio arbitral. Al hacerlo, establece que una demanda en sede judicial que ampare una disputa amparada por un acuerdo arbitral puede merecer una excepción del convenio arbitral, la misma que debe ser exitosa por:³

“(...) [el] solo mérito de existencia del convenio arbitral, salvo: (...) cuando el convenio fuese manifiestamente nulo”.

La relación entre ambos preceptos es la esencia de esta nota. El artículo 41 contiene el principio: *Compétence*. El artículo 16 la manera de implementarlo cuando una de las partes lo incumple: la remisión al arbitraje vía la incompetencia del juzgador a quien le es planteado el asunto amparado por un acuerdo arbitral. Este es –y debe ser– el punto de partida de todo el análisis.

No hacerlo sesga. Corre el riesgo de errar por comenzar en un punto de partida diverso al correcto.

Es ante este trasfondo que debe plantearse la incógnita: ¿*quid iuris* si existe duda⁴ sobre la competencia, como resultado de una duda sobre la validez o alcance del acuerdo arbitral?

Esta duda ha enigmado a varios. Después de todo, mucho depende de ella. Una postura sobre-estimada del arbitraje propiciaría que, quien tiene una duda legítima sobre la competencia, sea turnado al arbitraje; algo injusto, pues no pactó arbitraje. Por otra, que una persona que pactó el arbitraje presumiblemente por su ventaja en velocidad o uni-instancialidad, sea obligada a litigar en varias instancias y durante mucho tiempo, la cuestión sobre si existe un deber de acudir al arbitraje. Y concluida dicha discusión, aun así tiene que litigar su asunto, durante algo de tiempo y varias instancias. Un resultado que hace nugatorio su pacto.

La solución al dilema, el punto medio que no comete el error de defecto ni de exceso, está en comprender la naturaleza de *Compétence*: una regla de tiempos. Si una parte cuestiona la validez de un acuerdo arbitral, y por ende, la jurisdicción de un tribunal arbitral, ello debe ser decidido por el árbitro atento al artículo 41. Si la duda se presenta al juzgador como motivo para no remitir al arbitraje, conforme al artículo 16(3), el juez debe:

- a) Suposición de validez del acuerdo arbitral: Como punto de partida, el acuerdo arbitral se presume válido, por lo que se debe remitir al arbitraje de inmediato.
- b) Vencimiento de la Suposición: La determinación del mérito del argumento de

3. Párrafo 3. El mismo principio existe en el párrafo 4 del artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1071.

4. Por seriedad analítica, supongo que el cuestionamiento jurisdiccional es serio. Que no es fruto de una táctica dilatoria. Después de todo, éstas quedan comprendidas en la regla (remisión), y no detonan el dilema que busca abordar este ensayo.

Invalidez debe ser conspicua. "Notoria", dice el derecho arbitral mexicano⁵. "Manifiesta" dicen los franceses y peruanos. "Evidente" dicen otros. El punto: tiene que ser un motivo casi incuestionable. Axiomático. Si es discutible, tiene que irse al arbitraje. Ya tendrá oportunidad el juez de analizar la determinación del árbitro durante el juicio de nulidad o ejecución del laudo. (Y la carga de la prueba está en los hombros de quien se opone a la remisión).

- c) Ante la duda, remitir: Cualquier duda sobre la validez, eficacia o imposible ejecución del acuerdo arbitral debe ser resuelta a favor de la remisión.

III. COMENTARIO FINAL

Uno de los juristas más influyentes de la historia de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, observaba que:

"The life of the law has not been logic, it has been experience".

["La vida del Derecho no ha residido en la lógica, sino en la experiencia"].

Compétence es un producto de la *experiencia*, no de la *lógica*. De entender que sin *Compétence*, no se lograría la voluntad de las partes, y que se accidentarían procesos arbitrales. Ante ello, *Compétence* es la pieza de política legislativa que cambia el cauce natural que generaría problemas.



5. Artículo 1465 del Código de Comercio de México.