

## CAPÍTULO PRIMERO

### CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE

Para poder analizar la posible responsabilidad de los árbitros mexicanos, es necesario establecer el fundamento de dicha responsabilidad. Ella emana de la relación entre el árbitro y las partes. Por ende, es necesario definir esta relación. Dado que se trata de una relación jurídica, también deberían aplicar los principios y criterios jurídicos, como la responsabilidad, que se aplican normalmente a relaciones jurídicas similares. Asimismo, aplicarían las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones. Estos principios jurídicos fomentan la confianza de los sujetos jurídicos y crean seguridad jurídica. Esta última es necesaria para un desarrollo confiable de la vida social y jurídica.<sup>15</sup>

El arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa al sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición, y sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

Cabe resaltar que el presente estudio desea contribuir a la seguridad jurídica de los participantes en un arbitraje y a la confianza del público en general en este método de solución de controversias. Por ello, se clasificará (i) el arbitraje, (ii) la relación de las partes con el árbitro, y (iii) la posible responsabilidad del árbitro

Se puede decir con cierta certeza que el arbitraje en la actualidad tiene su fundamento en una relación contractual.<sup>16</sup> Este punto de vista es compartido por la doctrina y las cortes en muchos países. En Francia, el caso *Tarom*<sup>17</sup> lo ejemplifica. En este caso, la Cour de Cassation de París estipuló

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en sesión de pleno jurisdiccional, exp. 6167-2005-PHC/TC, Lima, Fernando Cantuarias Salaverry del 28 de febrero de 2006.

<sup>16</sup> Gómez Jene, Miguel, “La responsabilidad civil del árbitro. Cuestiones de derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 5, núm. 2, octubre de 2013, p. 335.

<sup>17</sup> Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 19 mars 2002, 99-19.878, Publié au bulletin.

que el arbitraje no puede tener efecto legal en el sistema jurídico francés sin consentimiento, es decir, sin la voluntad de las partes.<sup>18</sup> Del contrato arbitral emanan la misión del árbitro, su autoridad y su responsabilidad.<sup>19</sup>

Dado que existen muchos y mejores ensayos y monografías sobre la clasificación del arbitraje, el presente trabajo se limitará a proporcionar un esbozo sobre las teorías y argumentos a favor y en contra de éstas, para optar posteriormente por una de ellas y facilitar así el análisis principal.

Casi todas las teorías sobre la naturaleza del arbitraje tratan de encuadrarla en categorías jurídicas conocidas, con objeto de proporcionar al instituto jurídico una definición a partir de la cual partir, así como un marco jurídico.

## I. TEORÍA JURISDICCIONALISTA

La función del árbitro es demasiado *sui generis* para limitarla al contrato arbitral y dejarla a disposición de las partes.<sup>20</sup> El árbitro es, aunque emane de la voluntad contractual de las partes, en esencia un cuasijuez.<sup>21</sup> Los árbitros, al igual que los jueces

prestan también tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del artículo 24.1 CE, ya que su actividad —desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes— conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa. La existencia de vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan auténtica tutela jurisdiccional...<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Cour de Cassation, Paris, 1ère chambre civile, 1 er juin 1999, *Romanian Air transport c/ société Shipping Compagny*, RTD Com, núm. 52, jui-sept 1999, p. 659; véase también Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 9 nov. 1993 et 20 déc. 1993, *JDI*, 1993-690, nota E. Loquin, Paris, 13 déc. 1975, *JDI*, 1977.106, nota E. Loquin. Paris, 7 déc. 1994, *Rev. Arb.*, 1996.72, nota Ch. Henry. Paris, 13 juin 1996, *JDI*, 1997.151, nota E. Loquin.

<sup>19</sup> Clay, Thomas, “L’arbitrage du bâtonnier: perseverare diabolicum”, *Rec. Dalloz*, núm. 1, 2007, p. 28.

<sup>20</sup> Oppetit, Bruno, “Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: À propos d’une jurisprudence récente”, *Rev. Arb.*, 1977, p. 315.

<sup>21</sup> Así el Tribunal Constitucional español: Sentencia 12/1998, del 15 de enero de 1998; Sentencia 182/2002, del 14 de octubre de 2002; Sentencia 224/2006, del 6 de julio de 2006; Sentencia 31/2010, del 28 de junio de 2010.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España 1995/174, del 23 de noviembre.

Algunos autores han sostenido que la función de juez es tan importante que desplaza por completo su fundamento contractual.<sup>23</sup> Estos autores llegaron a la conclusión de que la actividad del árbitro es meramente jurisdiccional. Según esta teoría, el arbitraje tiene una naturaleza jurisdiccional, puesto que el Estado delega su jurisdicción y poder de solución de controversias en particulares, en este caso los árbitros.<sup>24</sup> El monopolio de poder estatal para dirimir controversias se encuentra en las diversas Constituciones o leyes nacionales. Sin embargo, “la similitud en la labor ejercida por Jueces y Tribunales, de una parte, y por los árbitros, de otra, no supone que éstos últimos puedan ser calificados «...como jueces en la aceptación que a tal figura se adscribe en nuestra Ley Suprema y en las demás del ramo...», sino que existen claras diferencias entre una y otra potestad jurisdiccional”.<sup>25</sup> Dice Cremades que, entendiendo

el Tribunal Constitucional que no existe una equiparación plena entre los órganos judiciales y los arbitrales, no puede mantenerse que la naturaleza del arbitraje sea puramente jurisdiccional, sino que nuestro Derecho configura el arbitraje como una institución de origen contractual pero con efectos jurisdiccionales.<sup>26</sup>

## II. TEORÍA CONTRACTUALISTA

Los autores<sup>27</sup> que coinciden con esta teoría establecen que el arbitraje se fundamenta en relaciones jurídicas basadas en contratos, en los que se encuentra el convenio mediante el cual las partes se comprometen a someter la disputa final y obligatoria a un árbitro. Este contrato se llama convenio arbitral, base del arbitraje. La desaparición de este convenio deriva en la terminación del arbitraje. Por otro lado, el árbitro adquiere la obligación con las partes de

---

<sup>23</sup> Mustill, Lord Michael John y Boyd, Stewart C., *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2a. ed., Londres, Bottenworths, 1989, p. 220; Mustill, Lord Michael John, “La nouvelle loi anglaise sur l’arbitrage de 1996: Philosophie, inspiration, aspiration”, *Rev. Arb.*, 1997, p. 29; Henry, Marc, “Le devoir d’indépendance de l’arbitre”, *Bibliothèque de droit privé*, Paris, L. G. D. J., 2001, t. 352.

<sup>24</sup> Córdón Moreno, Faustino, *El arbitraje en el derecho español. Interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 29.

<sup>25</sup> Auto del Tribunal Constitucional del 20 de junio de 1993, citado en Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Homenaje a Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, Lima Arbitration, núm. 1, 2006, p. 189.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>27</sup> Guasp, Jaime, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 17 y ss.; Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 732.

resolver la disputa de acuerdo con lo establecido entre ellas. Este convenio se conoce en España como contrato arbitral o contrato de dación y recepción del arbitraje.<sup>28</sup> En lo sucesivo utilizaré el término “contrato entre las partes y el árbitro”, por considerarlo más preciso. De acuerdo con esta teoría, el arbitraje es una relación meramente contractual de ámbito privado. El laudo es obligatorio, porque las partes así lo decidieron, y no por imperio de la ley. Así, el arbitraje es, de acuerdo con esta teoría, un acuerdo de voluntades regido por la autonomía privada.

### III. TEORÍA MIXTA

De acuerdo con esta teoría, el arbitraje constituye una jurisdicción convencional, y el convenio arbitral, un contrato. Sin embargo, el procedimiento está sometido a una ley nacional que otorga al laudo ejecutoriedad, es decir, efectos cuasijurisdiccionales. El arbitraje es una relación jurídica de derecho privado basada en la voluntad de las partes. Pero va más allá, porque una vez que surja la disputa, el árbitro adquiere funciones jurisdiccionales para dirimirla y emitir el laudo. El carácter de cosa juzgada del laudo emana de la ley aplicable. Esta teoría conjuga elementos de la teoría jurisdiccionalista y de la teoría contractual. Al respecto, anota Cremades que

[e]l convenio arbitral es de carácter contractual, pero con claros efectos jurisdiccionales, al sustraer de la jurisdicción de los órganos judiciales el conocimiento de aquellas controversias que se encuentren afectadas por el convenio arbitral. A su vez, la Ley de Arbitraje reconoce a los árbitros la potestad para decidir, otorgando al laudo arbitral la fuerza de cosa juzgada y configurándolo como un título ejecutivo que lo equipara a la sentencia judicial. El convenio arbitral no puede, por lo tanto, entenderse como un mero contrato entre las partes, aunque formalmente y materialmente lo sea, ya que el convenio arbitral constituye un negocio jurídico cuyos efectos implican la puesta en marcha de un proceso, a pesar de la eventual resistencia una de las partes. El convenio arbitral genera la base procesal para eventuales medidas provisionales en garantía del cumplimiento final y efectivo de la sentencia, así como la imposición por los jueces en su caso, de la ejecución forzosa de lo establecido en el laudo.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Rivero Hernández, Francisco, “Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros”, en González Porras, José Manuel y Méndez González, Fernando P. (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, vol. 2, p. 4219.

<sup>29</sup> Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, “El arbitraje en la...”, *cit.*, p. 188.

#### IV. TEORÍA PROCESALISTA

El arbitraje es una institución de derecho público procesal.<sup>30</sup> La naturaleza del arbitraje se debe definir de forma funcional; es decir, entre el laudo y una sentencia judicial no existen muchas diferencias. De acuerdo con esta teoría, el laudo tiene la misma eficacia que una sentencia judicial y el efecto de cosa juzgada. Se encuentra incluido en muchas jurisdicciones en el código de procedimientos civiles, lo que eleva su función procesalista. Este argumento se ve refutado por el hecho de que en muchos países el arbitraje se ha regulado en leyes especiales. El arbitraje es más que un procedimiento, ya que existe el convenio arbitral que lo origina.

#### V. TEORÍA AUTÓNOMA

La relación jurídica del arbitraje es sui géneris, es decir, tiene sus particularidades, y no puede categorizarse en uno de los institutos jurídicos contractuales conocidos. Por ello, no puede definirse solamente como un convenio o un procedimiento aunque contenga algo de ambos. El arbitraje crea un mecanismo alternativo al sistema judicial de solución de controversias. Al respecto, comenta Aylwin “[s]i una persona, por actos de propia voluntad, puede renunciar un derecho suyo o transigir las disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspire confianza”.<sup>31</sup>

En mi opinión, el arbitraje es una institución jurídica sui géneris con una fuerte base contractual y con aspectos jurisdiccionales<sup>32</sup> que alberga varias relaciones jurídicas que vale la pena esclarecer para luego poder analizarlas. “La jurisdicción arbitral encuentra su fundamento en un negocio jurídico, el convenio arbitral, dirigido a la liquidación de una relación jurídica controvertida, de modo que la voluntad de las partes es la única fuente del arbitraje”.<sup>33</sup> La primera y fundamental es el contrato arbitral entre las partes.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Lorca Navarrete, Antonio María y Matheus López, Carlos Alberto, *Tratado de derecho de arbitraje*, 6a. ed., Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.

<sup>31</sup> Aylwin Azócar, Patricio, *El juicio arbitral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953, p. 23.

<sup>32</sup> Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 732.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) del 3 de marzo de 1989 [RJ 1989, 9882].

<sup>34</sup> Córdón Moreno, Faustino, *op. cit.*, p. 25 y ss., citado en Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 732.