

Responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial internacional en México

Mauricio Jorn **FOETH PERSSON**



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE
COMERCIAL INTERNACIONAL EN MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 875

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero

Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz

Cuidado de la edición

Carlos Martín Aguilera Ortiz

Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez

Elaboración de portada

MAURICIO JORN FOETH PERSSON

RESPONSABILIDAD
DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE
COMERCIAL INTERNACIONAL
EN MÉXICO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2019

Esta edición y sus características son propiedad
de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 29 de noviembre de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-2285-9

CONTENIDO

Prólogo	IX
Oscar CRUZ BARNEY	
Agradecimientos	XIII
Introducción. Planteamiento del problema	1
CAPÍTULO PRIMERO	
CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE	9
I. Teoría jurisdiccionalista	10
II. Teoría contractualista	11
III. Teoría mixta	12
IV. Teoría procesalista	13
IV. Teoría autónoma	13
CAPÍTULO SEGUNDO	
CLASIFICACIÓN DE LAS RELACIONES PARTES-ÁRBITRO	15
I. El contrato entre las partes y el árbitro	15
II. La doctrina francesa sobre la relación del árbitro-parte	19
III. La jurisprudencia francesa	20
CAPÍTULO TERCERO	
RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ENTRE EL ÁRBITRO Y LAS PARTES	23
I. México	23
1. Obra	24

2. Prestación de servicios	28
3. Mandato.	30
4. Contrato laboral.	33
5. Contrato sui géneris	33
6. Conclusiones	34
II. Francia	37
III. España	41
1. Mandato.	41
2. Obra.	41
CAPÍTULO CUARTO	
PERFECCIÓN DEL CONTRATO ENTRE LAS PARTES Y EL ÁRBITRO	43
I. Arbitraje <i>ad hoc</i>	45
II. Arbitraje institucional	46
III. Celebración del contrato mediante autorización	47
IV. Celebración del contrato mediante poder	48
CAPÍTULO QUINTO	
RESPONSABILIDAD O PROTECCIÓN DEL ÁRBITRO	51
I. Categorías del régimen de responsabilidad	52
1. Exoneración total.	52
2. Exoneración cualificada.	54
3. Exoneración por culpa y negligencia	59
II. Modelo de total o cuasitotal exoneración y el modelo contractual	60
1. Modelo de total o cuasitotal exoneración	60
2. Modelo contractual	64
CAPÍTULO SEXTO	
RESPONSABILIDAD DEL JUEZ MEXICANO COMO POSIBLE PARÁMETRO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO	73
I. Responsabilidad civil del servidor público y responsabilidad patri- monial del Estado.	78

II. Responsabilidad administrativa	88
III. Conclusiones	91

CAPÍTULO SÉPTIMO

APLICACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DEL JUEZ MEXICANO AL ÁRBITRO	95
I. Amparo	97
II. Conclusión	105

CAPÍTULO OCTAVO

APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES DEL DERECHO CIVIL	107
I. Laudar, ¿obligación de medios o de resultados?.	108
II. Limitación a la responsabilidad del árbitro mediante elementos subjetivos de culpa o dolo	111
1. Limitación a dolo o inclusión de culpa	111
2. Limitación a dolo y culpa grave.	116
3. Actuar cuasijurisdiccional y no jurisdiccional	118
III. Antijuridicidad	119
IV. Daño.	120
V. Causalidad	120
VI. Carga de la prueba.	122
VII. Responsabilidad delictiva	122
VIII. Responsabilidad disciplinaria del árbitro	123

CAPÍTULO NOVENO

OBLIGACIONES DEL ÁRBITRO	125
I. Obligaciones que emanan del contrato árbitro-partes.	126
1. Conducción del arbitraje	130
2. Debido proceso	133
3. Igualdad	134
4. Reacción a la solicitud de árbitro.	136

5. Corrupción.	136
6. Revelación de conflictos de interés.	137
7. Nombramiento del presidente del tribunal	139
8. Obligación de colaborar y promocionar el arbitraje	141
9. Obligación de toma de decisión.	141
10. Imparcialidad e independencia del árbitro	142
11. Obligación del árbitro de arbitrar personalmente.	145
12. Confidencialidad de la toma de decisión y el deber de información	146
13. Subordinación del árbitro a las partes	148
14. Laudo.	149
15. Obligaciones poslaudo.	149
II. Conclusión	150
Conclusiones finales y sugerencias para regularizar la responsabilidad del árbitro en México	151
Bibliografía.	157
Acerca del autor.	173

PRÓLOGO

Las controversias las pueden solucionar las partes en conflicto o bien un tercero. Cuando se solucionan por las mismas partes, puede tratarse de una autocomposición, o bien por autodefensa; en el caso de la intervención de un tercero, se trata de la heterocomposición; es el caso del proceso jurisdiccional del Estado, o bien el procedimiento arbitral. Sin embargo, a partir del surgimiento del Estado moderno, y fundamentalmente del constitucionalismo, el Estado vino a ejercer un monopolio sobre la impartición de la justicia, y relegó a un segundo plano al proceso arbitral.

El arbitraje y los medios alternativos de solución de controversias se han convertido en el mecanismo idóneo del futuro para privatizar la solución de los conflictos.

No debemos por otro lado olvidar que frente a los esquemas tradicionales de solución de controversias han surgido otros medios que buscan convertirse en alternativas ante el litigio jurisdiccional y el mismo arbitraje para solucionar los conflictos entre particulares. A estos medios se les conoce como *medios alternativos de solución de controversias*, por sus siglas MASC.

El libro que el lector tiene en sus manos es producto de varios años de esfuerzo, disciplina y estudio por parte del autor. Nacido en Göttingen, Alemania, Mauricio Jorn Foeth Persson es egresado de la Facultad de Leyes de la Universidad de Hamburgo. Cursó diplomados de arbitraje de inversión en el Tecnológico de Monterrey y en el Centro de Arbitraje de México, así como en la Escuela Libre de Derecho.

Su carrera profesional inició como asociado en la oficina en México de un despacho internacional con sede en Nueva York, donde lideró el German Desk para México. En 2013 se unió al prestigiado despacho MOWAT Rechtlich & Gentan I. S. C., y ahora nos presenta este texto, sólido y bien documentado, que se suma a la literatura jurídica mexicana sobre arbitraje de reconocidos autores en México; por mencionar algunos: Emilio González de Castilla, Fernando Estavillo, Cecilia Azar, Rodolfo Cruz Miramontes, Cecilia Flores, Omar Guerrero, Luis Miguel Díaz, Francisco González de Cossío, Claus von Wobeser, Javier Arce Gargollo, Carlos Loperena, Sofía Gómez Ruano, Herfried Wöss, Roberto Martínez Guerrero, Carlos Reyes, etcétera.

Producto de su exitoso doctorado en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), es que ahora se publica la presente obra, resultado de largas discusiones y reflexiones, en donde se hace evidente su carácter de abogado mexicano y alemán, colegiado en la Barra de Berlín y en el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

En *Responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial-internacional en México* se atiende, respaldado de un amplio y nutrido manejo de bibliografía y fuentes, a un tema que preocupa a todos los involucrados en un procedimiento arbitral: árbitros, instituciones administradoras y partes. Un tema cuyo tratamiento no dejó de generar alguna reticencia en su momento.

El libro, dividido en diez capítulos, arranca con un estudio sobre las diferentes aproximaciones a la naturaleza del arbitraje: la teoría jurisdiccionalista, la teoría contractualista, la teoría mixta, la teoría procesalista y la teoría autónoma. Es al hablar de esta última que el autor da su punto de vista, y señala: “En mi opinión el arbitraje es una institución jurídica sui generis con una fuerte base contractual y con aspectos jurisdiccionales que alberga varias relaciones jurídicas”.

Uno de los temas esenciales del texto es el de la relación que se crea entre las partes y el árbitro y su naturaleza jurídica. El autor hace un recorrido sumamente ilustrativo de la doctrina y la jurisprudencia francesas al respecto, que reconoce la conexión contractual entre las partes y el árbitro. Foeth Persson hace una atinada referencia al derecho romano en este tema. No hay que perder de vista que es en Roma donde el arbitraje privado nace y se desarrolla en mayor medida. Recordemos brevemente que el régimen procesal de la época clásica romana se caracteriza por la institución de un juzgador que carece del *imperium* de la magistratura; es decir, basada en el *officium* de particulares o árbitros. La figura es una reminiscencia de los tiempos precívicos, donde a falta de acción estatal, el arbitraje se constituye en el medio fundamental para la solución de controversias.

Posteriormente, el autor analiza el régimen jurídico del contrato entre el árbitro y las partes, con especial referencia a los sistemas jurídicos mexicano, francés y español.

En este sentido, cabe destacar la gran utilidad del texto de Foeth Persson, por su constante ejercicio de comparación con otros sistemas jurídicos. Es una obra que refleja su dominio sobre la literatura jurídica en la materia. El autor sostiene que el contrato entre las partes y el árbitro no se puede categorizar como un contrato típico conocido por el derecho civil, y considera que se trata de un contrato atípico o sui generis, que tiene por objeto regular las

obligaciones y los derechos entre las partes y el árbitro. Señala que resulta indispensable para determinar las obligaciones y los derechos de las partes y del árbitro, porque la legislación mexicana no contempla regulación alguna sobre este particular. Para Foeth Persson, ante la realidad de los arbitrajes complejos y costosos, la teoría contractual ofrece las mejores posibilidades de hacer responsable al árbitro por su actuación deficiente y demandarlo por el daño que cause, pues se trata de un servicio por el cual recibe una remuneración.

Trata también de la perfección del contrato entre las partes y el árbitro y sus diversas formas de celebración.

Es en el capítulo quinto donde se trata el tema toral del libro: la responsabilidad y la protección del árbitro. Se abordan las diversas categorías del régimen de responsabilidad: la exoneración total, la exoneración cualificada y la exoneración por culpa y negligencia. Aborda asimismo el modelo de total o cuasitotal exoneración y el modelo contractual. Sostiene el autor que tanto la jurisprudencia como la doctrina en diversas jurisdicciones aceptan la protección del árbitro contra los ataques personales de las partes de un arbitraje o por parte de terceros, con lo que se busca proteger a la institución del árbitro para que pueda decidir libre de presiones y de forma imparcial. Considera, asimismo, que, dado que el árbitro cumple con una función similar a la de un juez, es legítimo concederle una protección similar y limitar su responsabilidad. Recordemos lo que se decía en el antiguo derecho, en el sentido de que el árbitro está en lugar del juez, aunque no lo es propiamente, de ahí que los mismos impedimentos de derecho que afectan a los jueces afectan a los árbitros.

¿Puede el régimen de responsabilidad del juez mexicano ser utilizado como posible parámetro de la responsabilidad del árbitro? El tema se trata en los capítulos sexto y séptimo. Destaca Foeth Persson cómo el artículo 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece los deberes de los jueces, entre los cuales destacan evitar conductas que atenten contra la independencia de la función judicial, tener una notoria ineptitud o descuido en el desempeño de las funciones o labores que deban realizar, impedir que las partes ejerzan los derechos que legalmente les correspondan, no preservar la dignidad, imparcialidad y profesionalismo, y emitir opiniones públicas sobre un asunto de su conocimiento.

Señala el autor con toda razón que las bases de la responsabilidad del juez son muy distintas a las del árbitro, siendo el primero un servidor público, y el segundo, no. El fundamento del ejercicio de las funciones del juez es el nombramiento por el Estado, y con ello se trata de un acto público. Mien-

tras que, en el caso del árbitro, es nombrado por las partes, y la relación con ellas es principalmente contractual.

Lo anterior lleva a considerar a Foeth Persson que aun cuando en México la responsabilidad civil patrimonial es objetiva y directa contra el Estado, no es un esquema aplicable al árbitro, porque, a falta de responsabilidad patrimonial, el árbitro no goza de tal protección. Señala que el árbitro compromete su patrimonio personal ante las demandas de las partes, y si se funda una responsabilidad civil objetiva sin aspectos subjetivos, es decir, por el simple hecho de causar un daño por su actuación, tendrá poca posibilidad de protegerse. Afirma que al árbitro se le debe proteger para que pueda ejercer su función de juzgador sin miedo a demandas (civiles) interpuestas por las partes. Considera que la responsabilidad civil personal del juez por negligencia o ignorancia inexcusable no es aplicable al árbitro.

El autor entra posteriormente al análisis de la aplicación de las reglas generales del derecho civil y al tema de la limitación a la responsabilidad del árbitro mediante elementos subjetivos de culpa o dolo, la antijuridicidad, el daño, la causalidad, la carga de la prueba, la responsabilidad delictiva y la responsabilidad disciplinaria del árbitro.

El experto dedica un capítulo a estudiar las obligaciones del árbitro, y considera que no todas ellas deben ser causa de responsabilidad del árbitro. Finalmente, emite una serie de recomendaciones para regularizar la responsabilidad del árbitro en México. Destaca que el análisis de la legislación histórica tanto a nivel nacional como internacional nos permite reconocer que en muchos casos el árbitro se equipara al juez, con la consecuencia de que las responsabilidades o la inmunidad del juez aplican al árbitro. Para comprender a cabalidad esta afirmación, se echa de menos el magnífico capítulo histórico, que sí estuvo en la tesis doctoral, y que se elimina en la presente edición. Recordemos que el conocimiento de nuestro pasado histórico es fundamental para entender el desarrollo de la institución arbitral en nuestro país, en donde tiene amplias raíces, que surgen de nuestra tradición hispánica.

No nos queda sino felicitar ampliamente al autor por este libro, que esperamos sea el primero de muchos. Recomendamos ampliamente su lectura y, más aún, que sirva de guía para una adecuada regulación de la materia.

Oscar CRUZ BARNEY

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente a los doctores Óscar Cruz Barney, Rodolfo Cruz Miramontes y Manuel Becerra Ramírez, por tutelar la elaboración del presente trabajo, así como por compartirme sus puntos de vista sobre el tema analizado; ellos enriquecieron enormemente el resultado final aquí expuesto. Agradezco su paciencia, dedicación, motivación y criterio de aliento durante esta larga y difícil tarea. Ha sido un privilegio contar con su apoyo.

Gracias a todas las personas del programa de posgrado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por su atención, comprensión y amabilidad en todo el proceso de doctorado.

Agradezco a las personas que de una forma u otra han estado presentes y que me han apoyado en la elaboración, y en especial a los que me ayudaron en la finalización de este trabajo.

Gracias a mi familia por inculcarme la curiosidad académica y por alentarme a seguir con este trabajo durante momentos difíciles.

INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El objeto de este trabajo es esclarecer, mediante el análisis de las fuentes, la existencia de sistemas jurídicos mexicanos que rijan la responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial. En caso de llegar a la conclusión de su no existencia, elaborar o desarrollar una propuesta para una regulación particular. Este libro se enfoca en la responsabilidad del árbitro hacia las partes del arbitraje. No analiza la responsabilidad del árbitro hacia la institución de arbitraje ni el tema del seguro de responsabilidad civil. Cabe aclarar que se dejan fuera del estudio referencias a los arbitrajes que se han desarrollado a la luz de los tratados de libre comercio vigentes hasta la fecha, bajo el impropio nombre de “paneles”, y en los que México es parte. Para este estudio nos apoyamos en algunos sistemas jurídicos internacionales que prevén sistemas de control a la función del árbitro, tomando en cuenta su alcance, limitaciones o exclusiones, y analizando la forma en que podrían aplicarse al sistema jurídico mexicano y al tema en particular.

La regulación de sistemas de control a la función del árbitro en el arbitraje comercial internacional es un factor que establece seguridad jurídica entre las partes y el árbitro. Sin embargo, existe una laguna reglamentaria respecto a los controles jurídicos mexicanos en relación con la función del árbitro; asimismo, cabe mencionar que no encontramos que haya sido un tema de un profundo análisis por parte de la doctrina.

Una de las ventajas más importantes del arbitraje en comparación con los juicios es que las partes pueden escoger al árbitro que decidirá sobre su disputa. Este derecho proporciona a las partes la seguridad de que el árbitro en el caso ideal, a diferencia del juez, enfocará toda su atención sólo en un caso específico y resolverá el fondo de la disputa. De igual manera, las partes, al escoger al árbitro o a los árbitros, confían en que la decisión se basará en los términos que las partes habían acordado. Asimismo, la parte que pierda el arbitraje deberá acatar el laudo sin necesidad de un procedimiento adicional. En un juicio, las partes confían en que sus jueces tienen suficiente calificación para decidir según las leyes aplicables y de forma imparcial.

Sin embargo, en la práctica se ha comprobado que el arbitraje sólo es tan efectivo como sus árbitros.¹ Si las partes no escogen correctamente al árbitro, el desarrollo del arbitraje y el laudo especialmente pierden calidad. Esto conlleva un posible daño a la parte desfavorecida por el laudo, una pérdida de confianza en el árbitro y el posible desacato por la parte perdedora del laudo emitido por dicho árbitro.

Se podría pensar que la pérdida de confianza en un árbitro no es un problema serio, dado que sólo se trata de una solución de disputa entre privados basada en el compromiso del árbitro. Sin embargo, el arbitraje ha evolucionado hacia un sistema alternativo de solución de controversias. No cabe duda que el arbitraje es una institución de solución de controversias de gran actualidad. De tal forma que Luis Miguel Díaz lo considere "...como el mecanismo idóneo del futuro para privatizar la solución de las controversias legales".² No obstante, el sistema se verá afectado por una insuficiente calidad de los árbitros. Las partes, remuneren o no al árbitro, tienen derecho a recibir un arbitraje de calidad. Al respecto, cabe mencionar que los árbitros por lo general no trabajan pro-bono, sino que reciben una compensación, que puede llegar a ser importante, dependiendo del monto en disputa. Además, el procedimiento arbitral implica tiempo, costos legales y gastos, que pueden ser, dependiendo del caso, considerables.

Cuando el árbitro traiciona la confianza que las partes le brindaron, la parte dañada se preguntará acerca de los sistemas de control y responsabilidad.

La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones es un tema que preocupa cada vez más a los participantes en el arbitraje comercial interna-

¹ Lalive, Jean-Flavien, "Some Practical Suggestions on International Arbitration", en Dupuy, Jr. (ed.), *Droit et justice, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, A. Pedone, 1999, p. 289; González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 167; Recomendaciones para la Selección del Árbitro, Comisión de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, disponible en: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=15&con=informacion>; Hernany Veytia, Palomino, "El perfil del árbitro comercial internacional", artículo publicado en la página web del Centro de Arbitrajes de México, p. 4; Sanders, Pieter, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 224; Figueroa Valdés, Juan Eduardo, *La ética en el arbitraje internacional*, junio de 2003, disponible en: <http://twitdoc.com/upload/ensata/arbitraje-y-etica.pdf>; sobre el tema más a fondo: Lord Hacking, David, "Arbitration is Only as Good as its Arbitrators, Chapter 11", en Kröll, Stefan Michael *et al.* (eds.), *Liber amicorum Eric Bergsten International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, La Haya, Kluwer Law International, 2011, pp. 223-230.

² Díaz, Luis Miguel, *Arbitraje. Privatización de la justicia*, México, Themis, 1990, p. 471.

cional.³ Es de esperarse que un árbitro que haya sido exitosamente procesado ante un tribunal por responsabilidad quede excluido de futuros arbitrajes, y su reputación se verá dañada. Sin embargo, este importante asunto, tanto jurídica como económicamente, no ha sido objeto de suficiente estudio ni en México ni en el extranjero. Por ejemplo, en Alemania se publicaron dos tesis de doctorado sobre la materia.⁴ En Francia ha sido también tema de una tesis y varias monografías.⁵ Se conocen algunas decisiones judiciales a nivel internacional sobre la responsabilidad del árbitro. No obstante, muchos autores e investigadores la consideran una discusión obsoleta, dado que se parte de la premisa de que el árbitro no tiene responsabilidad alguna, y porque en la práctica las demandas por responsabilidad en contra de árbitros han sido escasas. Adicionalmente, los reglamentos de diversas instituciones de arbitraje prevén la exclusión total de responsabilidad del árbitro y de la institución. Tal es el caso del antiguo artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI): “Exoneración de responsabilidad. Ni los árbitros, ni la Corte o sus miembros, ni la CCI o sus empleados, ni los Comités nacionales de la CCI serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje”.⁶

Podría prestarse a ambigüedad partir de esta premisa, ya que los daños que un árbitro puede causar pueden ser cuantiosos, incluyendo al sistema arbitral,⁷ especialmente en arbitrajes internacionales entre inversionistas y Estados.

Resulta fundamental para el árbitro, analizar los fundamentos de su posible control y responsabilidad, así como el alcance de estos, más aún si se toma en cuenta que el servicio, y quizá también su responsabilidad, es personal. En caso de que se le finquen responsabilidades por sumas cuan-

³ Perales Viscasillas, Pilar, “La responsabilidad civil de los árbitros”, presentación en la *Jornada sobre Responsabilidades Profesionales, Arbitraje y Seguro Obligatorio 1 de abril 2014*, Barcelona, UCEAC, 2014, pp. 16-21.

⁴ Gal, Jens, *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009; Osterthun, Birthe, *Schadensfälle im Schiedsverfahren, Vermeidung oder schiedsrichterliche Haftung*, Bargstedt, Holstein, 2002.

⁵ Clay, Thomas, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.

⁶ Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje, vigente a partir del 1o. de enero de 1998, Arancel de gastos vigente a partir del 1o. de mayo de 2010, disponible en: www.iccarbitration.org.

⁷ Brown, Jenny, “Expansion of Arbitral Immunity: Is Absolute Immunity a Foregone Conclusion”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2009, núm. 1, 2009, disponible en: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2009/iss1/10>.

tiosas, podrían llevarlo a la ruina. El hecho de que las partes desfavorecidas frecuentemente no acatan los laudos y de que se suman los intentos de evitar la ejecución y obtener su anulación podría conducir a responsabilizar al árbitro.

El arbitraje se ha distanciado cada vez más del ideal de una resolución de controversias entre privados basado en el pacto de caballeros (*gentlemen's agreement*), en el que la parte desfavorecida acataría voluntariamente el laudo, similar al juicio en el que las partes aplican todas las tácticas conocidas, leales o no, para evitar perder la disputa.⁸ Las partes se ven obligadas por diversas razones; por ejemplo, por los cuantiosos montos, a intentar todas las vías posibles para evitar la ejecución de un laudo. Una de ellas podría ser fincar responsabilidades al árbitro.

La Suprema Corte de Finlandia se pronunció en el caso *Ruola vs. Profesor J. Tepora*.⁹ El tribunal condenó a un árbitro al pago de los costos del arbitraje por no haber informado a las partes sobre hechos que constituían un conflicto de interés, y que llevaron a la anulación del laudo.¹⁰ La Suprema Corte confirmó que la relación entre el árbitro y las partes se compara, en términos generales, con una relación contractual, y por tanto no aplicaban las limitaciones de responsabilidad civil de la ley finlandesa. La Corte aclaró que para proteger la independencia del árbitro y evitar presiones indebidas de las partes, un árbitro únicamente podrá ser responsable por daños en circunstancias excepcionales.

Debido a que los laudos son definitivos, en algunos casos las partes tratarán de obtener una compensación cuando fracasen en su intento de lograr sus metas mediante el arbitraje. Sin embargo, esto es contrario al propósito del arbitraje. Por ese motivo, los árbitros deben estar protegidos contra estas demandas frívolas para poder proporcionar sus servicios sin temor a ser demandados. Pero el riesgo de responsabilidad también deberá ser tomado en cuenta al negociar sus honorarios.

La Ley de Arbitraje finlandesa del 23 de octubre de 1992 contiene una regulación específica sobre la responsabilidad del árbitro. Las reglas de arbitraje adoptadas por la Cámara de Comercio Central establecen en su artículo 61, Limitación de responsabilidad, que los árbitros y la institución,

⁸ Para México, véase el emblemático caso del arbitraje entre Grupo Radio Centro v. Gutiérrez Vivó/Radio Monitor, caso CCI núm. 12138/KGA, Infored, S. A. de C. V. y José Elías Gutiérrez Vivó. Amparo en revisión 2160/2009. Grupo Radiocentro, S. A. B. de C. V. vs. Infored, S. A. de C. V.

⁹ Caso núm. 2005: 14 del 31 de enero de 2005.

¹⁰ *Ruolas v. Professor J. Tepora*. KKO 2005:14 (Suprema Corte finlandesa), Finlandia 31 de enero de 2005, pp. 95 y ss.

entre otros, no son responsables, salvo que las leyes aplicables lo prohíban. Con este texto las normas se asemejan a las nuevas reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que permiten al árbitro y a las partes, discernir sobre las reglas aplicables. En Finlandia, por ejemplo, se regularía por la Ley de Responsabilidad por Daños y Responsabilidad Legal (31 de mayo 1974/412), y los principios generales de responsabilidad de contratos.

La Cour de Cassation con sede en París logró¹¹ un cambio significativo en la percepción de la responsabilidad civil de los árbitros: los señores Castagnet, Couilleaux y Biotteau fueron nombrados árbitros en una controversia entre los señores Louis y Benoit Juliet contra el señor Delaval. Los árbitros emitieron su decisión fuera del plazo estipulado por las partes, y, por tanto, el laudo fue anulado por decisión de la Cour d'Appel. En consecuencia, los señores Juliet demandaron a los árbitros en el tribunal de gran instancia. La Corte de Casación fundó su decisión en el artículo 1142 del Código Civil francés, que dice: “En caso de incumplimiento por parte del deudor, las obligaciones de hacer o de no hacer se resolverán mediante indemnización por daños y perjuicios”. Así, para la Corte de Casación francesa, los árbitros son deudores de una obligación de resultado, que consiste en rendir un laudo dentro del plazo establecido para tal efecto. También tienen la obligación de solicitar al juez estatal de apoyo una prórroga de dicho plazo si estuviera a punto de finalizar y cuando las partes no lo hubieran solicitado. De acuerdo con la Corte de Casación, si bien el árbitro dispone de una inmunidad basada en la función jurisdiccional que ejerce, esta inmunidad es relativa, y su responsabilidad civil puede ser reconocida cuando haya cometido una falta caracterizada en el ejercicio de su misión. Así, por ejemplo, el *mal jugé*, juicio desigual, causará la responsabilidad del árbitro;¹² pero el árbitro es deudor en virtud del contrato que lo liga con las partes, a un cierto número de obligaciones cuyo incumplimiento es susceptible de sanción de acuerdo con los mecanismos de responsabilidad contractual. Según la Corte de Casación, la emisión del laudo dentro del plazo estipulado es una obligación de resultado. El incumplimiento de dicha obligación se considera una falta grave, que detona la ineptitud del deudor para cumplir con el objeto contractual que aceptó.

¹¹ Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 6 de diciembre de 2005. Juliet c/ Castagnet. pourvoi no. U 03-13.116, arrêt núm. 1660 FS-P+B.

¹² Nombrado “contrato de arbitraje” por Thomas Clay o “contrato de investidura de arbitraje”, de acuerdo con otros.

La CCI reconoció la importancia de este tema al modificar el reglamento, vigente a partir del 1 de enero de 2012, y cambiar el rumbo de la “Exoneración de responsabilidad” contenida en el artículo 34, por “Limitación de responsabilidad”. La CCI incluyó una limitación a la exoneración absoluta de responsabilidad que se mencionaba en el reglamento anterior de 1998, al estipular que la limitación de responsabilidad sólo aplica mientras no sea prohibida por la ley aplicable. De tal forma, el nuevo artículo 40 establece:

Artículo 40

Limitación de responsabilidad

Los árbitros, cualquier persona nombrada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia, la Corte y sus miembros, la CCI y sus empleados, y los Comités Nacionales y Grupos de la CCI y sus empleados y representantes no serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje, excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad sea prohibida por la ley aplicable.¹³

Resulta interesante analizar las posibles limitaciones de la responsabilidad. La función especial que ejerce el árbitro a petición de las partes implica que no puede responsabilizarse como cualquier prestador de servicios profesionales. En este contexto, es importante encontrar un balance entre el deseo de las partes de responsabilizar al árbitro por sus actos y del mismo a no ser responsabilizado.¹⁴ El árbitro podría hacer valer un privilegio de limitar su responsabilidad similar al del juez. Por otro lado, si el juez está sujeto a responsabilidades, también lo debería estar el árbitro. El Estado, al adjudicarse el poder para resolver disputas, tuvo gran interés en definir claramente las responsabilidades del juez y sus limitaciones. Lo anterior se hizo con el propósito de proporcionar seguridad jurídica.

Limitar la responsabilidad de la función del árbitro podría ser la diferencia entre actos de negligencia y actos dolosos. Ése parece ser el concepto en el que se basa la Cámara de Comercio Internacional en su proyecto de modificación del artículo 34 del Reglamento de Arbitraje arriba citado. De acuerdo con Peter Wolrich, en su momento presidente de la Comisión de Arbitraje de la CCI, dicho artículo fue analizado por la Corte de Apelación de París en el caso SNF v CCI, del 10 de octubre de 2007 (sentencia de apelación del 22 de enero de 2009). La Corte de Apelación de París sostuvo

¹³ Corte Internacional de Arbitraje, Reglamentos de Arbitraje y de ADR, vigente a partir del 1o. de enero de 2012, disponible en: www.iccwbo.org.

¹⁴ Brown, Jenny, *op. cit.*, p. 9.

que el artículo 34 del Reglamento de Arbitraje debe considerarse como no escrito entre las partes, porque permitiría a la CCI no ejercer su obligación esencial como prestador de servicios no judiciales (*autorise la CCI à ne pas exécuter son obligation essentielle en tant que prestataire de services non juridictionnels*). Por ello, la CCI se vio obligada a modificar el artículo en cuestión, de tal forma que la exclusión de responsabilidad se asignará si las leyes aplicables lo permiten.

Además del aspecto legal, ocurre una faceta sociopolítica. Como se mencionó previamente, algunas partes desfavorecidas por un laudo arbitral se ven obligadas por diversas razones y en contravención al *Gentlemen's agreement*, a explorar diferentes opciones que les permitan proteger a sus clientes y evitar la ejecución de un laudo. Las instituciones arbitrales como la CCI están preocupadas, porque abordar el tema de la responsabilidad del árbitro, así como su regulación, significaría una opción para no acatar un laudo. Otro efecto indeseable sería la cautela para aceptar el cargo de árbitro por temor a ser demandados. Esto podría conllevar a una reducción de arbitrajes dispuestos a ejercer el cargo, e implicaría un empobrecimiento del arbitraje en general.

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.¹⁵

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.¹⁶ Este punto de vista es compartido por la doctrina y las cortes en muchos países. En Francia, el caso *Tarom*¹⁷ lo ejemplifica. En este caso, la Cour de Cassation de París estipuló

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.¹⁸ Del contrato arbitral emanan la misión del árbitro, su autoridad y su responsabilidad.¹⁹

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.²⁰ El árbitro es, aunque emane de la voluntad contractual de las partes, en esencia un cuasijuez.²¹ 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...²²

¹⁸ 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.

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

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

²¹ 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.

²² 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.²³ 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.²⁴ 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”.²⁵ 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.²⁶

II. TEORÍA CONTRACTUALISTA

Los autores²⁷ 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

²³ 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.

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

²⁵ 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.

²⁶ *Ibidem*, p. 190.

²⁷ 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.²⁸ 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.²⁹

²⁸ 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.

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

IV. TEORÍA PROCESALISTA

El arbitraje es una institución de derecho público procesal.³⁰ 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”.³¹

En mi opinión, el arbitraje es una institución jurídica sui géneris con una fuerte base contractual y con aspectos jurisdiccionales³² 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”.³³ La primera y fundamental es el contrato arbitral entre las partes.³⁴

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

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

³² Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 732.

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

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

CAPÍTULO SEGUNDO

CLASIFICACIÓN DE LA RELACIÓN PARTES-ÁRBITRO

I. EL CONTRATO ENTRE LAS PARTES Y EL ÁRBITRO

Hoy en día, la mayoría de los autores, leyes³⁵ y cortes no cuestionan la naturaleza contractual del arbitraje.³⁶ Briseño sostiene que estructuralmente el arbitraje es una relación jurídica triangular, en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro.³⁷ La Suprema Corte ha estipulado que

[l]a posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria.³⁸

Resulta interesante que la autoridad del árbitro, fundada, y en parte limitada, por la voluntad de las partes, se independiza en cierto grado de dicha voluntad. Lo anterior se ve reflejado en el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, mediante el cual los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia. La Suprema Corte estableció que

[la cláusula compromisoria] otorga por regla general y en términos del artículo 1432 del Código de Comercio,... su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aun sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la vo-

³⁵ Artículo 1416, fracción I, Código de Procedimientos Civiles, título cuarto, “Sobre el arbitraje”.

³⁶ Lionnet, Klaus, “The Arbitrator’s Contract”, *Arb. Int.* 15, núm. 2, 1999, p. 161; Gómez Jene, Miguel, *op. cit.*, p. 335; Briseño Sierra, Humberto, *El arbitraje comercial. Doctrina y legislación*, México, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, 1979, p. 231.

³⁷ Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 97.

³⁸ Tesis 1a./J. 25/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 5, Jurisprudencia (Civil) [J]; Contradicción de tesis 51/2005-PS.

luntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.

Lo antes citado no se incluye en el contrato arbitral celebrado entre las partes, pero se convirtió en un principio del arbitraje que se refleja en las decisiones de las cortes a nivel internacional.³⁹ Según Cremades, el contrato arbitral es “la piedra angular” del arbitraje. Es el “negocio jurídico por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica”.⁴⁰

En el caso francés *Raoul Duval*, el presidente del tribunal fue contratado por una parte el día que el laudo fue emitido. La *Cour d'appel de Paris* estableció que el árbitro y la parte acordaron su contratación antes de la emisión del laudo. El tribunal consideró que el árbitro debió haber informado a las partes de su futura contratación,⁴¹ basándose en la relación contractual entre las partes y el árbitro. La Corte francesa estableció para el arbitraje que, dada la naturaleza contractual de la relación entre las partes y el árbitro, la responsabilidad del árbitro debía ser analizada con base en el derecho

³⁹ K/S Norjahl A/S v. Hyundai Heavy Industries Comme. Ltd, (1991) 1 Lloyd's Rep. Según esta decisión, al aceptar su nombramiento, el árbitro contractualmente se obliga a actuar diligentemente. Cie Européenne de Céréales SA v. Tradax Export SA, (1986) 2 Lloyd's Rep. De acuerdo con esta decisión, el árbitro se convierte en tercera parte del acuerdo de arbitraje al aceptar el nombramiento.

⁴⁰ Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, “El arbitraje...”, *cit.*, p. 188.

⁴¹ TGI Paris, 12 mai 1993, *Rev. Arb.*, 1996, p. 411; véase también Fouchard, Philippe, “Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev. Arb.*, 1996, p. 325.

general (*droit commun*), es decir, el Código Civil francés. Dicho código establece en su artículo 1142, que la responsabilidad del árbitro puede resultar de cualquier incumplimiento a sus obligaciones.⁴² La Corte definió que de acuerdo con el derecho civil francés solamente se requiere de (i) un vínculo contractual entre el árbitro y las partes,⁴³ (ii) el incumplimiento de cualquier obligación del árbitro, (iii) de un vínculo de causalidad, y finalmente de (iv) un daño. Nótese la falta de elementos subjetivos, como el dolo y la culpa.

Aunque pareciera obvio que el fundamento de la relación entre las partes es contractual, dicho contrato no se encuentra definido en la legislación mexicana. A nivel internacional tampoco se encuentra mucha discusión sobre el tema.⁴⁴ Al respecto, establece Gómez Jene:

El contrato arbitral es un contrato deficientemente regulado, tanto a nivel interno como a nivel comparado. En efecto, en la medida en que la Ley Modelo de UNCITRAL no recoge disposición alguna al respecto, y en la medida también en que esta Ley ha sido ampliamente adoptada (en más de veinte países), resulta extraño encontrar una legislación arbitral que regule expresamente esta figura. Lo anterior es especialmente lamentable si convenimos que el contrato arbitral es un contrato de calificación compleja. Ello es así porque la función del árbitro se despliega en dos ámbitos, en dos planos, en dos constelaciones distintas. De tal modo que mediante el contrato arbitral, el árbitro acepta y asume dos funciones: por un lado, su función de juzgador (el arbitraje como equivalente jurisdiccional); y, por otro lado, de forma paralela y compatible con su función de juzgar, asume también la función propia de quien, por medio de contrato, se erige en prestador de servicios.⁴⁵

El Código de Comercio que regula el arbitraje nacional e internacional desde la perspectiva mexicana sólo establece en su capítulo III, “Composición del tribunal arbitral”, algunas formalidades, pero no lo regula materialmente. El Código regula el número de árbitros (artículo 1426), su nombramiento y capacidad (artículo 1427), obligación de revelación (artículo 1428), recusación (artículo 1429) y sustitución (artículo 1430). La obligación principal del árbitro (dictar el laudo) se encuentra regulada en el artículo 1448, que estipula la forma, contenido y notificación. Resulta interesante que el Código de Comercio no incluya un plazo para la emisión del laudo como lo

⁴² CA Paris, 1e Ch., 12 oct. 1995 V c/ Société Raoul Duval, *Rev. Arb.*, núm. 1, 1999, p. 324.

⁴³ Paris, 4 mai 1988, République de Guinée, *Rev. Arb.*, 1988-657, nota Ph. Fouchard.

⁴⁴ Gómez Jene, Miguel, *op. cit.*, p. 349.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 335-337.

hace la Ley de Arbitraje española (LA) en su artículo 37, Ley 60/2003 del 23 de diciembre.

La simple aplicación del derecho civil no tiene en cuenta la situación especial del arbitraje y del árbitro. El derecho mexicano, en específico el Código de Procedimientos Civiles, en el título cuarto sobre el arbitraje, no define la relación entre las partes y el árbitro. Solamente menciona el acuerdo de arbitraje entre las partes en el artículo 1416, fracción I. Cabe destacar que el acuerdo de arbitraje, así como el contrato entre el árbitro y las partes, aplican a dos diferentes ámbitos. El contrato fundamental es el acuerdo de arbitraje. El contrato entre las partes y el árbitro tiene su origen en éste. El árbitro debe obedecer lo convenido por las partes.⁴⁶

A nivel nacional e internacional, en lo que respecta al derecho civil, se encuentran pocos autores que hayan analizado la relación entre las partes y el árbitro. Entre ellos destacan para Francia Ditchev⁴⁷ y Clay.⁴⁸ Estos autores opinan que el árbitro es una combinación de juez y contratante. El contrato entre el árbitro y las partes es un pilar importante del arbitraje, sin el cual este mecanismo de solución de controversias no podría existir.⁴⁹ Hasta en el derecho americano, que ha resistido la influencia del derecho civil, se encuentran voces de jóvenes investigadores que abogan por definir la relación entre las partes y el árbitro de forma contractual. Cabe notar que estos investigadores tienen su origen en Europa, y han sido influenciados por el derecho civil.⁵⁰ El árbitro ejecuta el contrato con las partes. Este contrato es el fundamento de sus acciones. En Francia, la doctrina y las cortes han reconocido el contrato con base en esta conexión. El contrato establece derechos y obligaciones para las partes y el árbitro y culmina en la perfección de la misión del árbitro, es decir, el laudo.⁵¹ En Italia se ha tratado este

⁴⁶ Cour d'appel, 19 de mayo de 1998, Société Torno SpA v. Société Kagumi Gumi Co. Ltd, *Revue de l'Arbitrage*, 1999, p. 601.

⁴⁷ Ditchev, Aleksandar, "Le contrat d'arbitrage. Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer", *Revue de l'Arbitrage*, 1981, p. 395.

⁴⁸ Clay, Thomas, *L'arbitre...*, cit.

⁴⁹ Sorrente, Jean-Yves, *La responsabilité de l'arbitre*, thèse de doctorat en droit des affaires, Université Jean Moulin Lyon 3, 2007, p. 192.

⁵⁰ Ousmanou, Sadjo, *Les conventions relatives au procès. Contributions à l'étude de la contractualisation de la justice*, Cadiet, Loïc (dir.), thèse, Rennes I, 1996; Cadiet, Loïc, "Chronique de droit judiciaire privé. De la responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice", *JCPI*, 1992, pp. 65-84.

⁵¹ Fouchard, Philippe et al., *On International Commercial Arbitration*, Gaillard, Emmanuel y Savage, John (eds.), La Haya, Boston, Londres, Kluwer Law International, 1999, núm. 1107.

tema con más interés.⁵² Asimismo, en Suiza,⁵³ y en especial en Alemania, esta relación contractual ha sido analizada por varios autores.⁵⁴ La mayor parte de la doctrina internacional, especialmente la doctrina basada en el derecho civil, en materia de arbitraje, confirma el nexo contractual entre las partes y el árbitro, sin dedicarle un análisis profundo.⁵⁵

II. LA DOCTRINA FRANCESA SOBRE LA RELACIÓN ÁRBITRO-PARTE

La doctrina francesa reconoce la conexión contractual entre las partes y el árbitro.⁵⁶ Sin embargo, se ha estudiado poco esta relación contractual. Algunos de los autores que han tratado de definir la relación contractual entre las partes y el árbitro son Ditcher, Clay y Sorrente. Asimismo, las cortes francesas han confirmado el carácter contractual de la relación partes-árbitro.

⁵² Satta, Salvatore, *Contributo alla doctrina dell'arbitrato*, tesi de l'Università cattolica del Cuore, vol. 28, Milán, 1931, núm. 3-6; Balladore Pallieri, Giorgio, "L'arbitrage privé dans les rapports internationaux", *Rec. Cours de la Haye*, I, 287, 1935, pp. 318-334.

⁵³ Inderkum, Hans-Heinrich, *Der Schiedsrichtervertrag nach dem Recht der nicht internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz unter Mithberücksichtigung der Schiedsordnung des IPRG*, Diss., Freiburg, 1989; Hoffet, Franz, "Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichter und Parteien", *Zürcher Studien zum Verfahrensrecht*, Zürich, Schulthess Koll., 1991.

⁵⁴ Schlosser, Peter, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2a. ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1989, núm. 453; Schütze, Rolf A. et al., *Handbuch des Schiedsverfahrens: Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 2a. ed., Nueva York, Walter de Gruyter, 1990, pp. 95-168; Lachmann, Jens-Peter, *Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit*, 2a. ed., Köln, O. Schmidt, 2002; Real, Gustav K. L., "Der Schiedsrichtervertrag: Inhalt und rechtliche Regelung im deutschen Recht mit rechtsvergleichenden Ausblicken", *Internationales Wirtschaftsrecht*, t. 3., Köln, München, Heymann, 1983; Hoffmann, Bernd von, "Der internationale Schiedsrichtervertrag, eine kollisionsrechtliche Skizze", en Plantey, Alain (comp.), *Festschrift für Otto von Gossner zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1994, p. 143.

⁵⁵ Fouchard, Philippe et al., *On International Commercial Arbitration...*, cit., núm. 1103, p. 112; Fouchard, Philippe, "Les rapports entre l'arbitre et les parties", *Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, éd. ICC Publishing, núm. 564, 1996, p. 12; Oppetit, Bruno, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 22-33; Jarrosson, Charles, "Les institutions d'arbitrage en France, Travaux du comité français de l'arbitrage", *Rev. Arb.*, 1990, p. 375; Cadiet, Loïc, *Droit judiciaire privé*, 2a. ed., Litec, 1998, núm. 2020; Plantey, Alain, "L'arbitrage dans les échanges internationaux", *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, pp. 323-325; Plantey, Alain, "Quelques observations sur l'arbitrage administré", *Journal du Droit International*, 1999, p. 731; Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, "La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1990, p. 9; Berg, A. J. van den et al., "Mémorandum sur le statut et la protection des arbitres", *ASA Bulletin*, núm. 11, 1993, p. 86.

⁵⁶ David, René, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, núm. 292.

III. LA JURISPRUDENCIA FRANCESA

En 1978, las cortes francesas reconocieron el nexo contractual entre las partes y el árbitro⁵⁷ sin confirmarlo en decisiones posteriores.⁵⁸ La Cour de cassation de París decidió un caso en su decisión del 1o. de junio de 1999, que le sigue a un laudo CCI,⁵⁹ en el cual un árbitro creyó poder fundamentar su competencia pese a la falta de acuerdo de una de las partes.⁶⁰ El argumento central fue que si no se asumiera de forma tácita el acuerdo de la parte mediante la sumisión al arbitraje comercial del caso específico existiría una separación entre el acuerdo amplio y general que expresa un Estado mediante una ley o un tratado internacional, y el acuerdo tácito que expresa un inversionista privado mediante la sumisión al arbitraje. Es decir, si este tipo de acuerdo tácito es posible en materia del arbitraje público, debe serlo en materia del arbitraje privado comercial. Pero la Cour de cassation de Paris se opuso a esta interpretación del árbitro. Los decretos franceses de los años 1980 y 1981 validaron indirectamente la existencia de un contrato entre las partes y el árbitro. Al parecer, los recursos contra el contrato partes-árbitro son independientes de los recursos contra la convención. Asimismo, los artículos 1484, fracción tercera, y 1502, del nuevo Código de Procedimientos Civiles francés, aplican en el caso de una violación por parte del árbitro a su misión. Esta misión se ve fundamentada en el contrato establecido con las partes. Se escinden las vías de recursos contra el laudo dependiendo de la falta. Si el árbitro viola su misión jurisdiccional, el laudo seguirá siendo válido, a menos que se haya violado un principio sustancial de procedimiento sancionado mediante un recurso legal. Dicho de otra forma, cuando la violación se centra sobre la ejecución del contrato árbitro-partes, el laudo no se podrá anular. En consecuencia, las partes deberán exigir la responsabilidad directamente del árbitro.

Desde los tiempos del derecho romano, al contrato árbitro-partes se le denominada *receptum arbitrii*. Este término se encuentra en el Código de Jus-

⁵⁷ TGI Reims, 27 sept. 1978, inédito.

⁵⁸ Cour d'appel, Paris, 1^e Ch., 12 oct. 1995 V c/ Société Raoul Duval, *Rev. Arb.*, núm. 1, 1999, p. 324, note Ph. Fouchard et obs. M. Henry, p 193; *RDAL*, 1998.714, obs. Ch. Imhoos. Reims, 16 déc. 1999, Société Adidas, *Rev. Arb.*, 2000, núm. 2, note Thomas Clay.

⁵⁹ Affaire CCI 9119/A.C, sentence du 29 mai 1997.

⁶⁰ Paulsson, Jan, "Arbitration without Privity", *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* 10, núm. 2, 1995, p. 232; El-Kosheri, Ahmed Sadek, "Arbitration and Developing Countries", *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* 8, núm. 1, 1993, p. 107; Parra, Antonio R., "The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes", *News from ICSID* 16, núm. 1, 1999, p. 7.

tiniano⁶¹ y en el Digesto. El contrato formaba el pilar central del arbitraje en tiempos romanos y posteriores. Mediante el *receptum arbitrii* el árbitro aceptaba el encargo de las partes para dirimir la disputa.⁶² Resulta interesante que el término *receptum arbitrii* haya perdurado en el tiempo y se conozca y utilice en la actualidad por juristas y arbitralistas de diferentes jurisdicciones.

⁶¹ Code Justinien, livre II; titre LVI: De receptis arbitris; Adde Dig 4.8.

⁶² Monier, Raymond, *Petit vocabulaire de droit romain*, 3a. ed., Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1942, véase Receptum arbitrii; Vincent, Henri, *Res recepta. Essai sur le principe du rapport obligatoire en matière de receptum*, thèse sous la direction de J. Valery, Montpellier, Imprimerie L'abeille, 1920, pp. 6-14; Humbert, M., "Arbitrage et jugement à Rome", *Droit et cultures (L'Harmattan)* 28, 1994, p.47.

CAPÍTULO TERCERO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO ENTRE EL ÁRBITRO Y LAS PARTES

Dado que el acuerdo de arbitraje entre las partes es el fundamento del mismo, es conveniente categorizarlo. El debate sobre la naturaleza del contrato que une a las partes ha sido tratado en diferentes jurisdicciones de forma amplia y exhausta; por tanto, no es el enfoque de este trabajo analizar lo que otros autores han hecho con mayor precisión; únicamente se mencionarán diferentes opiniones que permitan decidir por una de ellas para el análisis del presente trabajo.

I. MÉXICO

En México existe la noción que sostiene que la base de la relación entre las partes y el árbitro es contractual. González de Cossío establece al respecto: “Dada la naturaleza contractual de la relación entre el árbitro y las partes, a la misma le aplican principios del derecho de las obligaciones”.⁶³ Sigue:

Nótese que utilicé el plural “partes” y no el singular “parte”. Ello obedece a que el árbitro tiene una relación con ambas partes, no con una. No le debe nada a la parte que lo designó que no le deba a la otra. El árbitro no es un representante de la parte que le ha designado ni tampoco un negociador.⁶⁴ La elección de un árbitro es un paso que forma parte de la voluntad común de contar con un tribunal conformado por árbitros independientes e imparciales.⁶⁵

⁶³ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 69, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>.

⁶⁴ Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, *El arbitraje...*, cit., p. 196.

⁶⁵ Artículo 22 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, Conducción del arbitraje, “En todos los casos, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”.

Tomando en cuenta el principio general de derecho que establece que las normas especiales se aplican antes de las normas generales, habría que tratar de clasificar el contrato entre las partes y el árbitro dentro de las regulaciones de contratos establecidas en la segunda parte del Código Civil, titulada “De las diversas especies de contratos”. Dentro de éstos, los que más se asemejan a la naturaleza del arbitraje son la obra, la prestación de servicios y el mandato.

A continuación, se analizará si el contrato entre las partes y el árbitro podría categorizarse como uno de estos tres tipos de contratos regulados en el Código Civil.

1. *Obra*

El Código Civil Federal no establece una definición del contrato de obra, sino que la toma por conocida, al establecer en el artículo 2616, que el contrato de obras a precio alzado se sujetará a las reglas del capítulo III del Código Civil, cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales. El contrato de obra a precio alzado es aquel por virtud del cual una persona, llamada empresario, se obliga a ejecutar una obra en beneficio de otra, llamada dueño o propietario, quien a su vez se obliga a pagar por ella un precio cierto.⁶⁶ La regulación del Código Civil Federal resulta escasa y poco adecuada, ya que únicamente menciona la obra como cosa mueble o inmueble. Pero también se podría hablar de una obra que no fuera material, es decir, un contrato de obra intangible. Podría entenderse que la obra es, en este caso, el laudo; los dueños, las partes, y el empresario, el árbitro. Bajo esta premisa, el objeto principal del arbitraje no sería que el árbitro ejerza una función de juez, sino que emita un laudo. El árbitro o, según la terminología del contrato de obra, el contratista o empresario, cumpliría con su obligación al emitir dentro del plazo estipulado un laudo “eficaz que dirima la controversia entre las partes; es decir una resolución o laudo cuya validez y eficacia resista, en su caso, el control jurisdiccional limitado que la ley prevé, por no concurrir en el mismo ninguno de los motivos de nulidad que la norma contempla”.⁶⁷ Sigue Pelayo Jiménez: “[c]on la emisión de un laudo no viciado y su notificación, los árbitros cumplen con la ejecución de la obra encargada, correcta y adecuadamente, con las necesarias condicio-

⁶⁶ Peña Nossa, Lisandro, *De los contratos mercantiles. Nacionales e internacionales-Negocios del empresario*, Bogotá, ECOE Ediciones, 2006, p. 346.

⁶⁷ Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 737.

nes de aptitud, idoneidad y utilidad para zanjar la cuestión planteada”.⁶⁸ Predominantemente en los países latinos se considera que la obligación del árbitro es de resultados.⁶⁹ La distinción en la teoría entre obligaciones de medios (hacer) y de resultados, remonta a René Demogue,⁷⁰ y posteriormente a los franceses Mazeaud,⁷¹ Tunc,⁷² Frossard,⁷³ Maury,⁷⁴ Bellissant,⁷⁵ y Eneccerus-Lehmann en Alemania.⁷⁶ Esta teoría reconoce que la obligación del deudor no es siempre de la misma naturaleza, y puede ser una obligación de resultados o de medios. La primera clasificación, como su nombre lo indica, señala las obligaciones que buscan la obtención de un resultado determinado, que debe alcanzarse. La segunda, hace referencia a las obligaciones que observan solamente la conducta del deudor en condiciones y dirección determinadas. Es decir, que en las obligaciones de resultado el deudor se compromete a ejecutar un acto determinado, a dar un resultado positivo o negativo, mientras que en las obligaciones de medios, el deudor se promete a comportarse de un modo determinado, a procurar cuidados, a aportar un esfuerzo, sin garantizar el éxito.

Cuando el contratista, es decir el árbitro, ejecute la obra de forma: inservible, viciada, inútil o no idónea para la finalidad que se perseguía, el dueño de la obra puede... [artículo 1124 CC español] exigir el estricto cumplimiento del contrato (obligando a repetir el encargo de forma correcta) o

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 4220.

⁷⁰ David, René, *Rapport...*, *cit.*; Demogue, René, *Traité des obligations en général-Sources des obligations*, vol. 5, 7 vols. Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & Cie., 1923, núm. 1237, p. 539.

⁷¹ Mazeaud, Henri *et al.*, “Essai de classification des obligations. Obligations contractuelles et extra-contractuelles: obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence”, *35 R.T.D. Civ.*, 1936, pp. 1 y ss.

⁷² Tunc, André, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, vol. I, JCP, 1945, p. 449.

⁷³ Frossard, Joseph, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, vol. 67, Bibliothèque de droit privé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.

⁷⁴ Maury, F., “Reflections sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat”, *RRJ*, 1998, p. 1243.

⁷⁵ Bellissant, J., *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2001.

⁷⁶ Esta distinción ha sido criticada porque cada obligación de resultado contiene el elemento de hacer, y cada obligación de medios también se quiere llegar a un resultado. Para más sobre la discusión, véase Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 172 y ss.; López y López, Ángel Manuel, “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el C.C.”, en González García (coord.), *Contratos de servicios y de obra*, Universidad de Jaen, 1996, pp. 33 y ss.

bien su resolución (reponiendo la situación al momento anterior a la celebración del contrato, con restitución recíproca de prestaciones entre las partes) con la posibilidad, en ambos casos, de exigir la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento del contratista.⁷⁷

Sin embargo, la obra, o más bien el resultado del contrato entre las partes y el árbitro, no contempla un contenido específico del laudo como resultado, dado que no existe un plano, diseño o presupuesto como lo presupone el Código Civil Federal para la obra. El árbitro no se compromete con las partes a un resultado o en este caso a una obra predeterminada. Se podría argumentar en contra de lo anterior diciendo que las partes establecen las reglas⁷⁸ del arbitraje y el procedimiento a seguir, especialmente en el arbitraje *ad hoc*. Además, se podría inferir que mediante el acuerdo de arbitraje, el texto del contrato en disputa y las demandas de las partes se determina en cierto modo el laudo. Este argumento no puede prevalecer, porque las demandas de las partes son contradictorias y excluyentes. No existiría un consenso común respecto a la planificación de la obra. No existiría una línea clara que la defina. Si se buscara una disposición común de los dueños respecto a la obra, habría que verlo de forma más abstracta. El deseo común de los dueños de la obra sería la resolución de la disputa. La obra representaría el deseo de las partes por obtener seguridad jurídica respecto a la disputa específica. Pero este argumento deja a un lado el hecho de que casi todas las normas establecidas en el capítulo III del Código Civil Federal no se pueden aplicar al arbitraje. Por ejemplo, el laudo arbitral no requiere que el dueño lo reciba y lo apruebe. La parte ganadora seguramente lo aprobaría, pero la parte perdedora lo objetaría. Tampoco aplica la regla de que todo el riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta la entrega. Además, el árbitro no es responsable, pero sí el empresario, de los defectos que después de entregada la obra aparezcan y que “procedan de vicios en su construcción y hechura, mala calidad de los materiales empleados o vicios del suelo en que se fabricó”. Una vez que el árbitro entregó el laudo, cumple con la obligación contractual con las partes, se termina dicho contrato, y con ello su función arbitral. Las partes no podrían exigir al árbitro por la vía judicial que repare los defectos del laudo, porque esto implicaría una evaluación a fondo, que no está permitida. Tampoco se puede considerar que las partes exijan una ejecución subsidiaria. Las reglas sobre el pago del empresario resultan aún más difíciles de aplicar. El precio de la obra deberá pagarse a la entrega. Si tomamos en cuenta que la obra

⁷⁷ Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 738.

⁷⁸ Artículo 1445 del Código de Comercio.

es la seguridad jurídica respecto a la disputa, el árbitro tendría que correr con el riesgo de no recibir su contraprestación si el laudo no perdura y no es eficaz. El árbitro tendría que entregar un laudo objetivamente ejecutable totalmente blindado contra la anulación. El árbitro cargaría con todo el riesgo, y las partes no tendrían que pagar sus honorarios. Aunque las causales de anulación de un laudo, establecidas en el artículo 1457 del Código de Comercio, son limitadas, no resulta justo cargarlas al árbitro, sino a las partes. Los árbitros verían limitada su actividad y función si tuvieran que procurar que sus laudos fueran siempre correctos, no anulables, ejecutables y vigentes para recibir su remuneración. La función del árbitro se vería dañada. Resulta difícil pensar que las partes se interesarán únicamente en el resultado de la obra concluida y no en el proceso de creación de dicha obra, es decir, en la conducción del arbitraje. A las partes les interesa también ser tratadas con igualdad proporcionándoles oportunidad plena de hacer valer sus derechos, como lo establece el artículo 1434 del Código de Comercio. En caso de que las partes llegaran a un acuerdo mediado por el árbitro sin que se emitiera un laudo, el árbitro no tendría derecho a recibir su remuneración, porque no habría entregado la obra. Lo anterior no se ve desvirtuado por el artículo 1447 del Código de Comercio, que establece que si durante las actuaciones arbitrales las partes llegaran a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, y si lo solicitan ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Dicho laudo se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1448, y tendrá la misma naturaleza y efectos que cualquier otro dictado sobre el fondo del litigio. Cabe mencionar que el laudo en caso de transacción sólo se emite a petición de las partes. El árbitro se expondría al riesgo que las partes, para ahorrarse el pago de la remuneración, no solicitaran la emisión del laudo. No sería justo colocar al árbitro en este riesgo.

El arbitraje se asimila mucho a un juicio. El árbitro, de acuerdo con el artículo 1433 del Código de Comercio, puede ordenar la adopción de las providencias precautorias, oír tanto a las partes como a los testigos y a los peritos, o examinar mercancías u otros bienes o documentos (artículo 1436 del Código de Comercio). El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o de alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas (artículo 1440 del Código de Comercio). Así se encuentran varias disposiciones en el Código de Comercio que regulan el procedimiento y las facultades del árbitro, que van en contra de la regulación y el espíritu del contrato de obra. En la actualidad, el arbitraje va más allá de la solución de una disputa. El

árbitro es responsable del procedimiento, que puede resultar muy complejo, y no sólo del laudo que emite. El árbitro vigila que el procedimiento sea correcto y que conduzca a la resolución de la desavenencia.

Por todo lo anteriormente expuesto, el contrato entre las partes y el árbitro no puede definirse como un contrato de obra.

2. *Prestación de servicios*

El contrato entre las partes y el árbitro podría calificarse como un contrato de prestación de servicios, regulado en los artículos 2606 a 2615 del Código Civil Federal. El contrato de prestación de servicios se define como un contrato mediante el cual el profesionista se obliga a realizar un trabajo que requiere preparación técnica, artística y, en ocasiones, título profesional a favor del cliente, a cambio de una remuneración, que recibe el nombre de “honorarios”. En el caso que nos ocupa, el profesional sería el árbitro, y el cliente, las partes. En caso de que el árbitro no reciba honorarios, el contrato podría categorizarse como un mandato. La premisa que rige la aplicación de este contrato a la relación entre las partes y el árbitro es que el árbitro se obliga a prestar un servicio, y no, como en el contrato de obra, a producir una obra. Llevar a cabo el arbitraje sería el servicio brindado. Pero la función especial del árbitro tampoco logra encuadrarse en esta categoría de contrato. El árbitro no es un simple profesionista, sino que ejerce una función de juzgador. Pero podría argumentarse que el catálogo de servicios que deberán prestarse está abierto al del árbitro. Así, el árbitro no hace otra cosa que prestar un servicio. El arbitraje se ha profesionalizado en los últimos veinte años. En todo el mundo existen instituciones de arbitraje que proporcionan servicios de administración y logística para el arbitraje. Estas instituciones cuentan con aranceles para los honorarios de los árbitros, y muchos profesionistas se han especializado en este sector. Se agrupan en listas de árbitros, toman y ofrecen cursos, diplomados y especializaciones. Existe una cultura internacional alrededor del arbitraje. Tanto las instituciones como los árbitros están en competencia y presumen sus servicios para distinguirse y atraer clientes. Pero esto no altera la función especial del árbitro: la de juzgador. Es necesario analizar si puede encuadrarse en la estructura de un contrato de prestación de servicios como lo regula el Código Civil Federal. Un argumento en contrario sería que el mismo puede rescindirse en cualquier momento, como se desprende indirectamente del artículo 2614, salvo que las partes acuerden en contrario, resultando inadecuado para el arbitraje. Es importante que se lleve a cabo hasta su conclusión, y que el árbitro no lo deje inacabado. En el momento en que el árbitro

acepta su nombramiento, deberá proseguir con su encargo hasta dirimir la controversia mediante el laudo. Pero este argumento no convence: las partes estarían a la merced de la voluntad (quizá caprichosa del árbitro), quien podría rescindir el contrato en cualquier momento. Pero el principio de *pacta sunt servanda* aplica a todos los contratos. El árbitro tiene la obligación, como toda parte contractual, de cumplir con lo pactado y prestar su servicio en los términos del acuerdo arbitral hasta dirimir la disputa entre las partes. Las partes no obtienen beneficio alguno si se quita al árbitro la posibilidad de rescindir el contrato, pues el árbitro entonces podría simplemente no prestar el servicio. Aun cuando podría forzarse al árbitro a cumplir con su obligación, lo anterior resulta difícil. De acuerdo con el artículo 2614 del Código Civil Federal, si el profesionista no puede continuar prestando sus servicios, deberá dar aviso oportunamente al cliente y resarcir los daños y perjuicios que haya causado. El artículo 2615 establece que el profesionista es responsable de negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito. Sin embargo, no se establece el mecanismo para obligarlo a cumplir con la prestación de servicios. En caso de que el profesionista no pudiera rescindir o terminar unilateral y anticipadamente el contrato, las partes estarían innecesariamente ligadas al árbitro. Sería mejor que el árbitro que no quiera cumplir con sus obligaciones ejerza el derecho establecido en el artículo 2614, y que las partes, como clientes, exijan daños y perjuicios, según los artículos 2614 y 2615 del Código Civil Federal. Existen acuerdos de arbitraje que nombran uno o varios árbitros por su nombre. Podría argumentarse en estos casos que el prestador de servicios podría fácilmente no aceptar el encargo o rescindir anticipadamente el contrato, y poner en peligro el acuerdo de arbitraje. Esto no podría allanarse con una interpretación sobre el acuerdo de arbitraje en el sentido de nombrar otro árbitro a menos de haberse mencionado esta posibilidad en el acuerdo. Si las partes quisieron nombrar en el acuerdo a un árbitro en específico, es porque confiaron en sus cualidades profesionales y advirtieron que no rescindiría el contrato. En caso de rescisión, las partes podrían establecer un nuevo acuerdo de arbitraje o dirimir la disputa ante un juez y, además, demandar al árbitro por daños y perjuicios, de acuerdo con los artículos 2614 y 2615 del Código Civil Federal. Pudiera parecer que el arbitraje se ajusta al contrato de servicios profesionales. Pero el argumento más importante en contra de esta categorización es la responsabilidad del profesionista por negligencia, impericia o dolo. No es justificable que el árbitro, tomando en cuenta su función como juez, deba estar sujeto al amplio régimen de responsabilidades del artículo 2615 del Código Civil Federal para los profesionistas. El árbitro no puede ser responsable de cualquier negligencia,

impericia o dolo. Si se aplicaran las reglas del contrato de prestación de servicios, resultaría difícil argumentar los privilegios que debiera tener el árbitro y no someterlo a la responsabilidad establecida en el 2615 del Código Civil Federal.

Por lo expuesto anteriormente, debe rechazarse una clasificación del contrato entre las partes y el árbitro como contrato de prestación de servicios profesionales.

3. *Mandato*

El contrato entre las partes y el árbitro podría considerarse un mandato. El mandato está regulado en los artículos 2546 a 2604 del Código Civil Federal. De acuerdo con el artículo 2546, el mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que se le encarga. El artículo 2547 dice que el contrato de mandato se considera perfecto por la aceptación del mandatario. El mandato, que implica el ejercicio de una profesión, se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes a su asignación. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato. Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado.⁷⁹ El arbitraje, por lo general, no es gratuito. Los árbitros reciben una remuneración por su actuación, que puede ser negociable entre las partes o establecerse de acuerdo con un arancel. La regulación sobre el mandato establece que, salvo acuerdo en contrario, el mandato es oneroso.⁸⁰ El artículo 2550 menciona que el mandato puede ser escrito o verbal. Si se otorga por escrito podrá ser mediante escritura pública, escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante notario público, o en carta poder sin ratificación de firmas.⁸¹ Pero, aunque al parecer el contrato entre las partes podría encuadrar en la figura del mandato, existen elementos del mismo que hacen imposible definir el contrato entre las partes y el árbitro como mandato. Para empezar, no puede equipararse con el mandato general o especial, como se establece en los artículos 2553 y 2554 del Código Civil Federal, ya que no distingue entre poderes generales y especiales, actos de dominio, administración o pleitos y cobranzas.

⁷⁹ Artículo 2548 del Código Civil Federal.

⁸⁰ Artículo 2549 del Código Civil Federal.

⁸¹ Artículo 2551 del Código Civil Federal.

Además, la regulación sobre el mandato exige que se establezca mediante escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario en caso de ser un mandato general o que el interés del negocio para el que se confiere sea superior al equivalente a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse; o cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley deba constar en instrumento público.⁸² Esto implica que el contrato entre las partes y el árbitro debería ser otorgado ante la fe de un notario público cuando el valor de la disputa excediera cierto monto, lo cual es poco practicable en materia de arbitraje. Cuando las partes llegan al arbitraje, se encuentran tan confrontadas, que difícilmente comparecerían ante un notario público. Lo anterior no concuerda con el arbitraje, porque implica una formalidad innecesaria, que pondría en peligro el ejercicio del arbitraje. Las partes optarían por otra vía de solución de controversias. El hecho de que el artículo 2556 del Código Civil Federal conceda que el mandato podrá otorgarse en escrito privado firmado ante dos testigos, sin que sea necesaria la previa ratificación de las firmas, cuando el interés del negocio para el que se confiere no exceda de mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse, no desvirtúa el argumento. En la realidad económica en la que se desarrollan los arbitrajes pocos tendrían un valor tan reducido. Menos aún aplicarían las cincuenta veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal que debiera tener el arbitraje para que el contrato de mandato se formalice oralmente. Además, el contrato entre las partes y el árbitro estaría siempre amenazado por la nulidad establecida en el artículo 2557 si las partes del contrato omiten los requisitos establecidos. Se podría argumentar a favor del mandato, que el árbitro está sujeto en el desempeño de su encargo a las instrucciones recibidas de las partes, y en ningún caso podrá proceder contra dichas disposiciones, tal y como lo establece el artículo 2562 del Código Civil Federal. Además, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que deberá ajustarse el árbitro en sus actuaciones.⁸³ Lo anterior, con fundamentado en el artículo 1445 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual el árbitro decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. En todos los casos el árbitro decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio. Sin embargo, el árbitro no está del todo sujeto a las instrucciones de las partes. De lo contrario, el arbitraje perdería su objetivo y razón de ser. Por ejemplo, las partes no pueden instruir al árbitro sobre la forma de decidir la disputa.

⁸² Artículo 2555 del Código Civil Federal.

⁸³ Artículo 1435 del Código de Comercio.

Es uno de los principios fundamentales del arbitraje: el árbitro decide la disputa de acuerdo con su propio razonamiento sin injerencia de las partes. Tal como el juez, el árbitro es neutral e independiente.⁸⁴ Por lo mismo, no parece aplicable que el mandatario esté obligado a dar oportunamente noticia al mandante de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarlo a revocar o modificar el encargo, tal como lo establece el artículo 2566 del Código Civil Federal. Aunque el árbitro debe ajustarse a las estipulaciones de las partes, no resulta conveniente ni justo dar a las partes cuentas exactas de su administración, como lo establece el artículo 2569 del Código Civil Federal.

El contrato entre las partes con el árbitro es *intuitu personae*. Las partes quieren que cierto árbitro que ellos nombran dirima su disputa. Esto excluye la posibilidad establecida en el artículo 2573 del Código Civil Federal para que el mandatario encomiende a un tercero el desempeño del mandato cuando tiene facultades expresas para ello. Aunque se podría aplicar el artículo 2577, que establece que el mandante debe anticipar al mandatario, si lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, no sería aplicable el reembolso de los intereses de la cantidad anticipada. Asimismo, no es factible que el árbitro retuviera en prenda el laudo objeto del mandato hasta que las partes le paguen.⁸⁵ Finalmente, el argumento de mayor peso en contra de la figura del mandato es el otorgamiento de un poder al mandatario para actuar en su propio nombre o en el del mandante ante un tercero.⁸⁶ El árbitro no actúa a nombre de las partes, y menos ante terceros. La figura del tercero no aparece en el arbitraje, sino que se trata de una relación entre las partes y el árbitro. Sin embargo, el mandato requiere de una relación entre tres partes: el mandante, el mandatario y un tercero.⁸⁷ Es decir, el mandatario actúa en lugar del mandante, situación que no existe en la relación entre el árbitro y las partes. El árbitro actúa por encargo de las partes, las facultades que le otorga la ley, el procedimiento aplicable, y emite un laudo independientemente de lo que las partes hayan instruido. Es decir, el árbitro no sigue las instrucciones de las partes al pie de la letra, ni las partes le pueden instruir exactamente sobre lo que debe hacer y cómo solucionar la disputa.⁸⁸

Por lo anterior, el contrato entre las partes y el árbitro no puede categorizarse como mandato.

⁸⁴ Artículo 11 de las Reglas de la CCI de 2012, Disposiciones generales, “Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje”.

⁸⁵ Artículo 2579 del Código Civil Federal.

⁸⁶ Artículo 2560 del Código Civil Federal.

⁸⁷ Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 734.

⁸⁸ *Idem.*

4. *Contrato laboral*

El contrato de arbitraje podría quizá caracterizarse como una relación laboral, y, por ende, como un contrato laboral. Para ello, debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo. De acuerdo con este artículo, se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que origine la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. Se podría argumentar que el dirimir una disputa es un trabajo personal remunerado que presta el árbitro a las partes. Pero, como se estableció previamente, el árbitro no se subordina en su totalidad a las partes. Debe seguir instrucciones generales respecto a la conducción del arbitraje y aplicar, por ejemplo, el derecho. Pero el árbitro no subordina la decisión que tomará para decidir la disputa mediante el laudo. En este punto el árbitro es totalmente independiente, y no debe ni puede seguir instrucciones de las partes. Así, el arbitraje no representa una relación laboral, y, por tanto, el contrato de arbitraje no es un contrato de trabajo.

5. *Contrato sui generis*

Como hemos establecido, el contrato de arbitraje no se puede categorizar como un contrato típico regulado por el Código Civil Federal. Por lo tanto, se trata de un contrato atípico.⁸⁹ La figura del contrato sui generis le proporciona la flexibilidad que requiere para encuadrar los diversos elementos del arbitraje. El contrato de arbitraje concentra elementos de varios contratos, como el contrato de obra y de servicio, pero también de mandato. Rivero Hernández establece que aunque la obligación principal y típica del árbitro es emitir un laudo y dirimir la disputa dentro de un marco formal y específico, el árbitro también sigue deberes contractuales que le son igualmente exigibles y una diligencia específica.⁹⁰ Esto refleja la complejidad del arbitraje, mezcla de diversos elementos jurídicos, al cual no aplican las definiciones contractuales conocidas en el derecho civil.⁹¹ Rivero Hernández lo describe de la siguiente manera:

⁸⁹ Para la doctrina española, véase Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1957, p. 259, citado en Gómez Jene, Miguel, *op. cit.*, pp. 335-337, nota al pie núm. 5; así también en el derecho alemán el *Reichsgericht* desde RGZ 41, 251, 254 y el BGH en BGHZ 15, 13, 14 y ss.; BGH, ZZZ 1953, 152, 155; citado en Gal, Jens, *op. cit.*, p. 57, notas al pie 260, 261 y 262.

⁹⁰ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, pp. 4219 y 4221.

⁹¹ Gómez Jene, Miguel, *op. cit.*, pp. 335-337.

Todo lo cual tiñe la responsabilidad de los árbitros de unos perfiles y matices especiales, porque se entrecruzan aquí, en su cumplimiento e incumplimiento, los caracteres propios de las obligaciones de resultado y las de medios, con prestaciones de una y otra clase, de forma conjunta pero también matizada una y otra por su recíproca influencia, lo que la distingue de otras, con un régimen y unas consecuencias un tanto insólitas.⁹²

Se pueden incorporar así los elementos procesales inherentes al arbitraje, así como las obligaciones y derechos del árbitro en un solo contrato. Esta figura también toma en cuenta la función del árbitro como juez. Una ventaja de la categorización como contrato *sui generis* es que no se asienta el arbitraje internacional en una legislación nacional. El contrato *sui generis* es globalmente entendible y aplicable sin restricción de leyes, jurisprudencia y doctrina nacionales. De ser necesario, pueden aplicarse de forma análoga las regulaciones nacionales específicas para cierta parte del contrato; por ejemplo, lo que concierne a la obra o al contrato de prestación de servicios. Sin embargo, resulta cuestionable si realmente se requiere de dichas regulaciones. El contrato de arbitraje ha sido utilizado por mucho tiempo, por lo que ya se puede considerar establecido y aceptado por la comunidad arbitral. Dado que no es un contrato típico, aplican las disposiciones generales del Código Civil Federal, lo que permite que el contrato sea analizado y aplicado dentro de su contexto arbitral sin contaminación de otras figuras contractuales. Cabe hacer notar que en la mayoría de los casos las partes y el árbitro no celebran por escrito el contrato de arbitraje. Ocurre de forma implícita y sin mención expresa.⁹³ La condición de contrato *sui generis* permite acotar la responsabilidad del árbitro, ya que no es necesario aplicar las disposiciones especiales de los contratos típicos.

6. Conclusiones

Hemos analizado la relación entre las partes y el árbitro; establecimos que el árbitro mantiene con ellas una relación complicada, que abarca di-

⁹² Rivero Hernández, Francisco, "Incumplimiento y responsabilidad de los arbitros", en Gonzalez Porras, J. M. y Mendez González, F. P. (eds.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4219 y 4221; aunque Rivera no lo dice explícitamente, parece opinar que las obligaciones del árbitro por lo menos no se pueden categorizar de forma clara y, por ende, terminan siendo *sui generis*.

⁹³ Fouchard, Philippe, *Juris-classeur de droit international*, Paris, Éditions techniques, 1994, p. 586; Clay, Thomas, *L'arbitre...*, *cit.*, numerales 588 y 656.

ferentes facetas. Por un lado, el árbitro es el juzgador que las partes eligieron para dirimir una disputa entre ellas. Esta función se fundamenta en las reglas procesales específicas del país. De esta situación procesal de cuasijuz sobre las partes no emanan obligaciones y derechos entre la mismas. Tampoco se encuentran disposiciones estatales, para el caso de México, que regulen la relación entre las partes y el árbitro. Por ello, se requiere de otro fundamento, que se encuentra en la relación contractual entre las partes y el árbitro, gracias al cual el árbitro se obliga a llevar a cabo su función de juzgador de forma correcta y ordenada, para dirimir la disputa. Las partes, por su lado, se obligan a remunerar al árbitro. No debe confundirse el contrato con la función de juez que ejerce el árbitro no establecida en el contrato, sino en el nombramiento por las partes y la aceptación por el árbitro. La función procesal del árbitro está separada del contrato con las partes.⁹⁴ El contrato regula solamente la responsabilidad del árbitro, tema de este análisis. La teoría procesalista une ambos aspectos, es decir, la función y el contrato. Sin embargo, resulta conveniente separar ambas figuras jurídicas. Existen situaciones en la vida arbitral que hablan a favor de una abstracción. Por ejemplo, la nulidad del contrato no conllevaría la nulidad del arbitraje en su totalidad, y así también la del laudo.⁹⁵ Pero el laudo sólo puede ser anulado de acuerdo con un *numerus clausus* de situaciones. Además, se podría pensar en situaciones en las cuales el nombramiento es nulo por tratarse, por ejemplo, de una materia que no está sujeta al arbitraje como la materia penal. Pero el árbitro presta sus servicios de buena fe, y por eso tiene derecho a su remuneración. Si ambas cosas están ligadas como lo establece la teoría procesalista, el árbitro no podría cobrar sus honorarios a falta de nombramiento efectivo.⁹⁶ Las antiguas teorías, como la procesalista, trataron de incorporar todos los aspectos del arbitraje. Quizá no es posible incorporar todos los elementos en la teoría contractualista.⁹⁷ La separación de la obligación contractual de la función del juez se ve consumada en la siguiente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 15 de diciembre de 1995, que estipula que la exigencia de responsabilidad a los árbitros no anula el laudo. Al respecto, la Audiencia Provincial estableció que

...ha venido admitiéndose desde una perspectiva contractualista de la institución derivada del antiguo contrato de “dación y recepción del arbitraje” que

⁹⁴ Gal, Jens, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ Smith, Murray L., “Contractual Obligations by and to Arbitrators: Model Terms of Appointment”, *Arb. Int'l*, vol. 8, núm. 1, 1992, p. 34, citado en Gal, Jens, *op. cit.*, p. 97.

los árbitros responden a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.091 y 1.101 del Código Civil; aunque en ningún caso tal responsabilidad incide en la eficacia vinculante del laudo emitido, del propio modo que las sentencias que resuelven las demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por negligencia o ignorancia inexcusable de los mismos “en ningún caso alterarán la sentencia firme que haya recaído en el pleito o causa en que se haya ocasionado el agravio” (*vid.* artículos 903 y 917 de LEC). Para que aquella responsabilidad sea exigible debe acreditarse la actuación dolosa o gravemente culposa del árbitro, el daño o perjuicio de cualquier orden padecido por los comprometidos y la relación de causalidad entre la falta y el daño, bien entendido que tratándose de arbitraje de equidad el parámetro decisorio de los árbitros por expreso deseo de los comprometidos se su “leal saber y entender”.

Analizamos las diferentes teorías que tratan de explicar la relación entre las partes y el árbitro, y llegamos a la conclusión de que esa relación es fundamentalmente contractual. Esclarecimos que el contrato entre las partes y el árbitro no se puede categorizar como un contrato típico conocido por el derecho civil, y establecimos que se trata de un contrato atípico o *sui generis*. Este contrato tiene por objeto regular las obligaciones y los derechos entre las partes y el árbitro. Se desarrolla en el contexto del arbitraje en general, del arbitraje específico, del acuerdo de arbitraje entre las partes, el derecho local aplicable y las reglas del arbitraje. Resulta indispensable para determinar las obligaciones y los derechos de las partes y del árbitro, porque la legislación mexicana no contempla regulación alguna sobre este particular. Además, se requiere de un fundamento jurídico del cual partir para determinar la responsabilidad del árbitro y una posible limitación de dicha responsabilidad necesaria. Pero ante la realidad de los arbitrajes complejos y costosos, la teoría contractual ofrece las mejores posibilidades de hacer responsable al árbitro por su actuación deficiente, y demandarlo por el daño que cause.⁹⁸ Finalmente, la teoría contractual mediante el contrato *sui generis* es la que mejor regula la situación comercial que representa el arbitraje actualmente. Se trata de un servicio por el cual se recibe una remuneración. Esta situación crea obligaciones y derechos entre las partes, que pueden estipularse en dicho contrato. Así, se logra un equilibrio entre las partes y el árbitro. La clasificación como contrato también proporciona la posibilidad de regular y limitar la responsabilidad del árbitro. Como ya se ha venido diciendo, resulta deseable que el árbitro sea responsable por sus actos, pero al mismo tiempo es necesario limitar dicha responsabilidad.

⁹⁸ Gal, Jens, *op. cit.*, p. 97.

Como cuasijuez, deberá ejercer su encargo libre de presiones y del temor de ser responsabilizado por cualquier error, sin excluir faltas graves, dolo o mala fe. Asimismo, las partes podrán estipular su propia deontología en este contrato. El contrato sui generis además ofrece la flexibilidad de adaptarse a diferentes jurisdicciones.⁹⁹

II. FRANCIA

El derecho francés expresa también la discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica del contrato entre el árbitro y las partes. Al igual que en el derecho español, se trató de asimilar al contrato de mandato (*contrat de mandat*), de obra (*d'entreprise*) o de servicio (*prestation de service*).¹⁰⁰ Sin embargo, últimamente la doctrina francesa deja de encuadrar el contrato en una forma de contrato conocida, y lo define como un contrato sui generis.¹⁰¹ El objeto del contrato de arbitraje es investir al árbitro de poderes para dirimir una disputa entre dos partes civiles, al cual se aplica el derecho civil francés, por no tratarse de un contrato mercantil.¹⁰²

En el derecho francés, además del término *receptum arbitrii*, se han establecido términos como el *contrat d'investiture*,¹⁰³ el *contrat d'investiture arbitrale*,¹⁰⁴ o el *contrat d'investiture de l'arbitre*.¹⁰⁵ Se distinguen básicamente en la descripción cada vez más específica del objeto contractual. Una crítica a estas definiciones es que se enfocan completamente en la relación contractual, dejando a un lado el carácter jurisdiccional inherente a la relación árbitro-partes.¹⁰⁶ La doctrina francesa ha optado por el nombre *contrat d'arbitrage*.¹⁰⁷

⁹⁹ Gal, Jens, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁰ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 197.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 198.

¹⁰³ Klein, Frédéric Edouard, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Faculté de droit de l'Université de Bâle, vol. 11., Bâle, Helbing & Lichtenham, 1955, núm. 118; Fouchard, Philippe *et al.*, *On International Commercial Arbitration...*, *cit.*, núm. 1011 y 1094; Terré, François, "Justice étatique, justice arbitrale", *Colloque de l'AFA* 24, sept. 1997, *Publ. de l'AFA*, 1997, p. 21; Liebscher, Christoph, "Le droit applicable au contrat d'investiture de l'arbitre, note sous Cour suprême d'Autriche, 28 av. 1998", *Rev. Arb.*, 1999, p. 392.

¹⁰⁴ Oppetit, Bruno, *Théorie de l'arbitrage...*, *cit.*, pp. 22 y 33.

¹⁰⁵ Putman, Emmanuel, *Contentieux économique*, Paris. Presses Universitaires de France, 1998, núm. 593.

¹⁰⁶ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 198.

¹⁰⁷ Jarrosson, Charles, "Qui tient les rênes de l'arbitrage? Volontés des parties et autorité de l'arbitre, note sous Paris, 19 mai 1998, 3 déc. 1998 et 19 janv. 1999", *Rev. Arb.*, 1999, p.

Por un tiempo la jurisprudencia francesa se inclinó por el término *contrat d'investiture*¹⁰⁸ para regresar al de *contrat d'arbitrage*.¹⁰⁹ De acuerdo con Sorrente, sin importar el nombre que se dé a la relación o contrato entre el árbitro y las partes, no podrá incluir y describir todas las aristas de esta relación sui generis. Esto mismo se refleja en la diversidad de nombres que el derecho francés contempla para esta relación. Un nombre que recibió mucha atención fue el de *contrat d'investiture*. Su simpleza atrajo a la doctrina. Pero el término se ve criticado, porque es muy limitado, dado que se enfoca demasiado en el aspecto jurisdiccional, dejando de lado el aspecto contractual.¹¹⁰ Aun si se argumentara que la función jurisdiccional es más importante que la contractual, y por ende este término es correcto y aplicable, no se podría negar el aspecto contractual, porque sigue siendo la fuente de la relación entre el árbitro y las partes. Este nexo contractual define todas las obligaciones del árbitro frente a las partes.¹¹¹ Estas obligaciones contractuales no desaparecen, sino que se mantienen vigentes durante la duración de la relación contractual, y en algunos casos posteriormente, cuando el árbitro debiera corregir el laudo y vigilar su ejecución.¹¹² El término *contrat d'arbitrage*, por otro lado, define en el mismo nombre el fundamento de la relación entre las partes y el árbitro. Se ha criticado en la doctrina francesa que este término pudiera confundirse con el término *convention d'arbitrage*. Ambos son contratos, pero entre diferentes personas. El primero es firmado por las partes y el árbitro. El segundo sólo lo firman las partes entre ellas. *Convention d'arbitrage* es el término en francés para el acuerdo arbitral entre las partes, que hoy en día forma el pilar del arbitraje en todas las jurisdicciones. De él emanan las otras relaciones en su conjunto, y sin él no existe el arbitraje en el caso particular. Otra crítica al término *convention d'arbitrage* es, según Sorrente, su falta de claridad y distinción. Es decir, que pudiera prestarse para describir indistintamente las diferentes relaciones que existen en un arbitraje, como la relación entre las partes y las partes y el árbitro, partes e institución de

601; Fouchard, Philippe, *Les rapports...*, cit., núm. 17; Fouchard, Philippe et al., *On International Commercial Arbitration...*, cit., núm. 101.

¹⁰⁸ Paris 29 mai 1992, Consort Rouny, *Rev. Arb.*, 1996, p. 408, obs. Ph. Fouchard, RTD com, 1992, p. 588, obs. E. Loquin et J-CI Dubarry.

¹⁰⁹ Paris, 23 sept. 1994, Société Hotellière de montagne, *Rev. Arb.*, 1996, p. 393, obs. Ph. Fouchard Paris, 25 nov. 1997, Société VRV-SPA, *Rev. Arb.*, 1998, p. 684, note G. Bolard; D., 1998, IR.9.

¹¹⁰ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 197.

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.*

arbitraje y ésta con el árbitro.¹¹³ Clay sugiere nombrar el contrato simplemente *contrat d'arbitre*.¹¹⁴ Según él, este término tiene varias ventajas. Primero, porque es claro y entendible. Segundo, porque se enfoca en el objeto del contrato, y finalmente, porque es universal y se puede traducir a otros sistemas jurídicos y otros idiomas. Efectivamente, el término parece ser la traducción al francés de términos similares que se utilizan en varios países. Sin embargo, se ha criticado especialmente el argumento de la universalidad, en el sentido de que no se puede adoptar un mismo término a diferentes sistemas jurídicos e idiomas.¹¹⁵ Por un lado, los idiomas no son idénticos, sino muy variados y con fuentes etimológicas muy diversas. Por el otro lado, los sistemas jurídicos de los países son únicos y reflejan una larga historia e influencias jurídicas que no se pueden generalizar. Esto aplica también a los países del derecho civil con influencia romana. Aunque pueden ser similares, no son iguales. Además, aunque en algunos países se utilicen términos aparentemente similares, como el contrato de arbitraje en España o el *contrato di arbitro* en Italia, esto no quiere decir que el sentido jurídico de cada expresión sea el mismo.¹¹⁶ También se ha propuesto el término *contrat de magistrature arbitrale*.¹¹⁷ Este término tiene al parecer el beneficio de describir brevemente los elementos esenciales del arbitraje, es decir, el contrato y la función, sin ser demasiado largo.¹¹⁸ Sin embargo, como todas las palabras jurídicas, el término *magistrature* está ligado a una definición muy específica. Según el *Diccionario de la lengua francesa* de la Academia Francesa, la *magistrature* se refiere a los miembros del Poder Judicial o al juez.¹¹⁹ No obstante, el árbitro no es un juez. Entre la similitud, no hay que perder de vista las diferencias. Su función sólo se asimila a la de un juez. Sin embargo, mantiene diferencias sustantivas a las de un juez, siendo las más importantes la falta

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ Clay, Thomas, *L'arbitre...*, *cit.*, numerales 618 y ss.

¹¹⁵ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 198.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Magistrature n. f. XV^e siècle. Dérivé de magistrat. 1. Dignité, charge de magistrat. Exercer une magistrature. La magistrature suprême, la charge de chef de l'État. Par méton. Temps pendant lequel un magistrat exerce ses fonctions. Le fait a eu lieu durant sa magistrature. Fig. La magistrature de l'intelligence, de l'esprit. 2. État, fonction des membres de l'ordre judiciaire. Se destiner à la magistrature. Entrer dans la magistrature. École nationale de la magistrature. Par méton. Ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire. La magistrature assise, le corps des magistrats qui siègent au tribunal et sont chargés de rendre la justice. La magistrature debout, le parquet, le ministère public, disponible en: <http://www.academie-francaise.fr/le-dictionnaire/consultation-en-ligne>.

de *imperii* y su nombramiento contractual. Al respecto, establece Cremades que

La potestad jurisdiccional del árbitro no tiene el mismo alcance que la otorgada por la Ley a los Juzgados y Tribunales, ya que frente a la del poder de los jueces de ejecutar lo juzgado, el árbitro necesitará del auxilio judicial, cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el procedimiento, o para cumplir lo decidido en el laudo. Por lo tanto, Jueces y Tribunales desempeñan una función primordial en el éxito del arbitraje: en primer lugar, mediante el apoyo y control del arbitraje, configurado en el artículo 8.3 LA; y en segundo lugar, en el procedimiento de ejecución del laudo arbitral.¹²⁰

Por ende, el término *contrat de magistrature arbitrale* se excede en la parte de *magistrature*, insinuando que el árbitro es un juez o un juez nombrado por contrato.

Es una ilusión creer que existe una expresión universal que pueda incluir y describir todas las aristas de la relación entre el árbitro y las partes. Cualquier término tendrá la limitante de enfocarse en un aspecto excluyendo otro.¹²¹ La doctrina francesa¹²² y la jurisprudencia¹²³ han aceptado esta categorización.¹²⁴

También resulta importante resaltar que el contrato, aunque los firmen varios árbitros, faculta y obliga a cada árbitro de forma individual. Clay establece que el contrato de arbitraje obliga a cada árbitro de forma indivi-

¹²⁰ Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, *El arbitraje...*, cit., p. 189; Cremades parece opinar que aunque los árbitros no pueden formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ni cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español, por estar reservadas a los órganos judiciales, el árbitro deberá decidir siempre de acuerdo con las leyes aplicables. Por eso resulta lógico que los árbitros puedan recurrir al brazo judicial para formular cuestiones prejudiciales o de inconstitucionalidad, con el fin de proteger la conformidad del laudo al orden público. Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, *El arbitraje...*, cit., p. 190.

¹²¹ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 197.

¹²² Glasson, E. et al., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, 3a. ed., vol. V, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936, núm. 1824.

¹²³ Tribunal civil de Lille, 20 fév. 1946, Cochon, D., 1946, p. 208; RTD civ., 1947, p. 220, obs. H. Vizioz; Gaz. Pal., 1946, I, p. 189, estipulando que independientemente del objeto del convenio de arbitraje, la misión del árbitro o los acuerdos entre el árbitro y las partes, la relación siempre será de carácter civil.

¹²⁴ Cass. 2e civ., 13 av. 1972, Ury, Bull civ., II, núm. 91; *Rev. Arb.*, 1975-235, note E. Loquin; D., 1973.2, note J. Robert; JCP, 1972, II, 17189, note P. Level, RTD civ., 1973.769, obs. Y. Loussouarn, TGI, 28 mars 1984, Raffinerie de pétrole d'Homs et de Banias, *Rev. Arb.*, 1985-141, obs. Ph. Fouchard; RTD civ., 1984.549, obs. J. Normand.

dual.¹²⁵ La doctrina francesa estima que el contrato liga a todos los árbitros con todas las partes.¹²⁶

III. ESPAÑA

De acuerdo con la doctrina española, en el momento en que las partes, independientemente de una institución administradora de arbitraje, designan al árbitro y éste acepta su encargo, se perfecciona el llamado *contrato de arbitraje*¹²⁷ o *contrato de dación y recepción del arbitraje*.¹²⁸

Sin embargo, es conveniente definir exactamente la relación jurídica para las dos variantes de arbitraje, el arbitraje *ad hoc* y el llamado arbitraje institucional. En la primera variante se entabla una relación bilateral. En la segunda, se crea una relación entre tres partes, es decir, entre el árbitro, la institución de arbitraje y las partes.

1. *Mandato*

Garberí Llobregat establece para el derecho español, que el contrato de arbitraje se debe categorizar como un contrato de mandato. Sin embargo, esta figura no es aplicable al arbitraje según los argumentos establecidos arriba.

2. *Obra*

De acuerdo con Pelayo Jiménez, el contrato de arbitraje se debe clasificar como un contrato de obra, dado que las partes no requieren un servicio del árbitro. Es decir, el árbitro no actúa independientemente del resultado, sino que las partes buscan expresamente la resolución final de una disputa mediante un laudo eficaz y con efecto de cosa juzgada.¹²⁹ Sigue Pelayo Jiménez:

¹²⁵ Clay, Thomas, *L'arbitre...*, cit., numeral 627.

¹²⁶ Lionnet, Klaus, "The Arbitrator's Contract", *Arb. Int.* 15, núm. 2, 1999, p. 164.

¹²⁷ Cerdón Moreno, Faustino, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁸ Garberí Llobregat, José, *Comentarios a la Ley 60/2003, del 23 de diciembre, de Arbitraje, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*, Barcelona, 2004, pp. 364/4.

¹²⁹ Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 734.

...lo esencial reside en que se encomienda, a los árbitros designados, un “encargo”, a cambio de una retribución, consistente en que, a través del ejercicio de las facultades que la ley les otorga y por la vía procesal acordada o prevista en la norma, deben emitir una resolución final (laudo) que ponga término, con eficacia de cosa juzgada, a la controversia sometida a su decisión y surgida en el seno de una relación jurídica, contractual o no contractual. Lo anterior es, en definitiva, el encargo de una “obra”; es decir, las partes no persiguen, en sí, la actividad de los árbitros co-independencia del resultado de la misma, sino que expresamente le encargan la culminación de dicha actividad en forma de un resultado concreto: una resolución (laudo) que debe ser idónea y hábil para satisfacer la finalidad perseguida (solución definitiva al conflicto planteado).¹³⁰

El autor citado considera que el contrato es de ejecución de obra con particularidades sui generis con consecuencias distintas al contrato típico de obra. El contrato de arbitraje es un contrato entre dos partes, es decir, entre las partes que tienen una disputa y el árbitro. Las partes son los dueños de la obra. Ellos actúan de forma conjunta por medio del convenio arbitral que los une. A los árbitros se les puede llamar “empresarios”, dado que se encargan de realizar la obra y emitir el laudo que pone fin a una disputa. Las partes podrían, conjuntamente, desistirse del arbitraje.¹³¹

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ *Ibidem*, p. 735.

CAPÍTULO CUARTO

PERFECCIÓN DEL CONTRATO ENTRE LAS PARTES Y EL ÁRBITRO

El nombramiento del árbitro le otorga la facultad de juzgar entre las partes. Pero habría que preguntarse si el nombramiento también crea una relación jurídica que conlleva obligaciones y derechos. El contrato entre las partes y el árbitro obliga por un lado conjuntamente a las partes frente al árbitro, y al árbitro frente a ambas partes.¹³² Al respecto, existen diversas opiniones; por ejemplo, que el contrato se perfecciona entre el árbitro y la parte que lo nombra¹³³ o entre todas las partes y todos los árbitros.¹³⁴ Si la relación sólo incluye al árbitro nombrado, pudiera establecerse una situación de dependencia del árbitro hacia la parte.¹³⁵ Pelayo Jiménez subraya:

...uno de los pasos esenciales... para inculcar la confianza en esta institución consiste en garantizar la absoluta y radical independencia, imparcialidad y ajenidad de los árbitros, tanto subjetiva como objetivamente, desterrando definitivamente la idea... de que cuando en un Tribunal arbitral cada parte nombra a uno de sus componentes, éstos actúan, en la práctica, como “abogados de parte” afectándose, así, seriamente a esos principios.

De acuerdo con esta otra opinión, se crea una relación jurídica entre las partes, por un lado, y los árbitros, por el otro. Cuando el árbitro acepta el encargo, expresa su voluntad, que se complementa con la de las partes a una

¹³² CA Paris, Perrin, *Rev. Arb.* 2003, p. 1312; Gaillard, Emmanuel y Edelstein, Jenny, *Mediation in France*, Handbook on International Arbitration and ADR, American Arbitration Association, Carbonneau, Thomas E. (ed.), Nuntington, NY, Juris Net, 2006, pp. 643 y ss., numeral 63; Schwarz, Eric A., “The Rights and Duties of ICC Arbitrators”, *The Status of the Arbitrator ICC Pub*, ICC (ed.), 67, núm. 564, 1995, p. 67.

¹³³ Schwytz, Ingo, *Schiedsklauseln und Schiedsrichtervertrag*, Heidelbergereger Musterverträge, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2001, p. 17.

¹³⁴ Karrer, Pierre y Straub, Peter, “Chapter on Switzerland”, en Weigand, Frank-Bernd (ed.), *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, 2002, pp. 1047 y ss.

¹³⁵ Stephan, *Der Schiedsvertrag nach schweizerischem und internationalem Recht*, tesis de doctorado Universidad de Zürich, 1989, p. 44.

relación jurídica.¹³⁶ Si las partes nombran juntos a los árbitros, juntos son partes del contrato. Pero podría preguntarse si también son conjuntamente responsables, o una parte es sólo subsidiariamente responsable a la otra. Si cada parte nombra a un árbitro, pudiera pensarse que la relación contractual sólo existe entre la parte y el árbitro que nombra. Pero para mantener la independencia de los árbitros es deseable que ambas partes establezcan una relación contractual con todos los árbitros.

La doctrina alemana se enfoca en la abstracción del nombramiento y de la obligación contractual. La Suprema Corte de Alemania estableció que cada árbitro está obligado frente a todas las partes, y no sólo a la parte que lo nombró.¹³⁷ Así, un defecto en el nombramiento no afectaría la relación contractual, o viceversa. Es decir, aunque el nombramiento no tuviera validez, el árbitro podría exigir el pago de sus honorarios por trabajo hecho. La otra opinión implica problemas dogmáticos respecto a la terminación del contrato y la responsabilidad.

En Inglaterra, al parecer no se determina la relación entre las partes y el árbitro como un contrato, sino la constitución de un estatus del cual emanan las obligaciones y los derechos de forma recíproca.¹³⁸

En el derecho mexicano no se conoce el principio de abstracción del derecho alemán. Por eso el contrato entre las partes y el árbitro contiene tanto las obligaciones y derechos contractuales como el encargo del árbitro de decidir la disputa y de llevar a cabo el proceso arbitral. Consecuentemente, todas las acciones procesales del árbitro son obligaciones contractuales.¹³⁹ De acuerdo con esta opinión, el contrato es una mezcla entre aspectos materiales y procesales.¹⁴⁰

El arbitraje incluye tres relaciones jurídicas: el acuerdo de arbitraje por el cual nace la obligación de las partes de someter su disputa al arbitraje;

¹³⁶ Schlosser, Peter, *Das Recht der internationalen...*, cit., numeral 491.

¹³⁷ Bundesgerichtshof, 6 oct. 1954, NJW 1954, 1763.

¹³⁸ Mustill, Lord Michael John y Boyd, Stewart Crauford, *Commercial Arbitration-2001 Companion Volume to the Second Edition*, London, Butterworths (Canada) Limited, 2001, pp. 220 y ss.

¹³⁹ Boisésson, Matthieu de y Juglart, Michel de, *Le droit française de l'arbitrage: étude de l'arbitrage interne: annexes, l'arbitrage international (decret du 12 mai 1981), arbitrage spéciaux, règlements arbitraux*, Gide Loyrette Nouel, Paris, Juridictionnaires Joly, 1983, Nr. 211 ss; Habscheid, Walther Jakob, "Grundsätzliches zur Dogmatik des Schiedsrichtervertrages im schweizerischen Recht", en Richard et al. (eds.), *Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag*, Holzhammer, Wien, 1988, pp. 195, 197, 200.

¹⁴⁰ Schwab, Karl Heinz, "Schiedsrichterernennung und Schiedsrichtervertrag", en Gerhard, Lüke y Jauernig, Othmar (eds.), *Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag*, München, 1976, pp. 163-178.

la reacción jurídica, es decir, el contrato, entre las partes y el árbitro, y el propio procedimiento arbitral.¹⁴¹ En lo sucesivo se tratará de analizar brevemente la forma de perfeccionar el contrato entre las partes y el árbitro, diferenciando entre el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional. Mientras en el arbitraje “*ad hoc* se establece una relación directa, bilateral, entre las partes y el árbitro, en el arbitraje institucional se triangula esa reacción porque entra en juego la institución arbitral”. Aquí se establecen tres relaciones jurídicas: la relación entre las partes y la institución; segundo, entre la institución y los árbitros, y tercero, entre los árbitros y las partes. Las partes encargan a la institución administrar el arbitraje y nombrar a los árbitros. Al aceptar su nombramiento, los árbitros establecen una relación tanto con las partes como con la institución.¹⁴²

I. ARBITRAJE *AD HOC*

Cuando las partes designan a un árbitro y quien acepta el cargo, se perfecciona el llamado *contrato de arbitraje*.¹⁴³ El objetivo principal de este contrato es, en términos simples, que el árbitro decida la disputa mediante un laudo que pone fin a la disputa entre las partes. Claro está que la relación entre las partes y el árbitro también crea otras atribuciones, tales como facultades otorgadas por las leyes, eficacia de cosa juzgada del laudo, entre otros. En esencia, las partes le encargan al árbitro

...a cambio de una retribución, consistente en que, a través del ejercicio de las facultades que la ley les otorga y por la vía procesal acordada o prevista en la norma, deben emitir una resolución final (*laudo*) que ponga término, con eficacia de cosa juzgada, a la controversia sometida a su decisión y surgida en el seno de una relación jurídica, contractual o no contractual.¹⁴⁴

¹⁴¹ Cordón Moreno, Faustino, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

¹⁴² Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 733.

¹⁴³ *Idem*. Pelayo Jiménez estipula que “[a] designar las partes directamente a los árbitros y aceptar estos tal designación, se perfecciona el denominado «contrato de arbitraje»”. Pareciera que el autor es partidario de la teoría mediante la cual todas las partes contratan a la misma vez con todos los árbitros. Pero también puidiera ser que el autor no utiliza un lenguaje suficientemente preciso. Clay, Thomas, *L'arbitre...*, *cit.*, numerales 628 y ss., analiza esta teoría y ofrece argumentos en contra.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 734.

II. ARBITRAJE INSTITUCIONAL

De acuerdo con el Código de Comercio mexicano, las partes pueden pedirle a una institución de arbitraje administrarlo y designar al árbitro. Resulta evidente que la institución presta dos servicios. La institución no decide la disputa.¹⁴⁵ A modo de ejemplo y para delinear la función de una institución arbitral, se transcriben el origen y la misión del Centro de Arbitraje de México (CAM):

Origen

El Centro de Arbitraje de México (el CAM) es una institución privada especializada en la prestación de servicios de administración de procedimientos de arbitraje comercial privado que surge en 1997 para llenar un vacío en México: el de la solución de controversias nacionales por la vía del arbitraje administrado.

Misión

Crear las condiciones necesarias para que los empresarios y sus colaboradores conozcan, utilicen y se beneficien de las ventajas del arbitraje comercial, administrado por el Centro de Arbitraje de México.

El CAM no resuelve directamente las controversias que le son planteadas, sino que propicia las condiciones de actuación del árbitro o árbitros designados.

El funcionamiento del CAM está confiado a un Consejo General, el cual interviene fundamentalmente en la designación y remoción de árbitros y en el control de calidad del laudo arbitral, y a un Secretario General que se encarga de la administración cotidiana de los procedimientos arbitrales seguidos ante el CAM.¹⁴⁶

Algunos de los beneficios que puede otorgar una institución de arbitraje son:

- Rapidez: El procedimiento arbitral es más expedito que el judicial y el laudo arbitral no está sujeto al recurso de apelación.
- Certidumbre: El laudo arbitral tiene la misma fuerza legal que una sentencia judicial y, conforme a la Convención de Nueva York de 1958, es susceptible de ejecución en el extranjero.
- Especialización: Los árbitros designados por el CAM son especialistas en el tipo de controversia sometida a su consideración.

¹⁴⁵ De ahí parece causar confusión el término “Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, siendo que no decide ningún arbitraje, sino sólo lo administra: “The Court provides parties with a flexible and neutral setting for dispute resolution... While the dispute itself is resolved by independent arbitrators, the Court supervises the process from beginning to end, increasing the quality of the process and enforceability of the awards”, disponible en: <http://www.iccwbo.org>.

¹⁴⁶ Centro de Arbitraje de México (CAM), disponible en: <http://www.camex.com.mx>.

- Independencia e imparcialidad: Tanto el CAM como los árbitros que designa actúan de manera independiente e imparcial.
- Confidencialidad: Todos los procedimientos arbitrales administrados por el CAM son totalmente confidenciales.
- Costo: La rapidez y certidumbre hacen del arbitraje un procedimiento más económico que el judicial.
- Eficacia: La eficacia del procedimiento arbitral conduce frecuentemente a las partes a resolver su controversia por la vía amigable, antes de que se dicte un laudo.¹⁴⁷

La institución de arbitraje presta un servicio a las partes para apoyarlas en la solución de su disputa. Por ende, la relación jurídica entre las partes y la institución se rige por un contrato de prestación de servicios, mediante el cual la prestadora de servicios, es decir, la institución de arbitraje, se compromete a brindar a las partes todos los servicios necesarios para el desarrollo de su arbitraje, o sea, de la relación jurídica entre ellas y los árbitros. En caso de que no lo hagan las partes, la institución designa al árbitro. En el arbitraje institucional se encuentran tres relaciones jurídicas:

1. Entre las partes y la institución.
2. Entre la institución y los árbitros.
3. Entre las partes y los árbitros.

El contrato que fundamenta la relación entre las partes y la institución es de prestación de servicios. Entre la institución y los árbitros que ella designó se establece una relación de “garantía y control”.¹⁴⁸ La institución sería la garante y controladora de la actuación de los árbitros.

A luz de lo anterior, resulta interesante analizar cómo se fundamenta jurídicamente la constitución del contrato entre las partes y el árbitro, para analizar posteriormente la responsabilidad del árbitro. Resulta sencillo nombrar al árbitro de forma conjunta. No es lo mismo cuando cada parte nombra a un árbitro y éstos al tercer árbitro. Este procedimiento es común en el arbitraje institucional.

III. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE AUTORIZACIÓN

Algunas voces en la literatura alemana han propuesto que la parte que nombra a su árbitro lo haga con autorización de la otra parte, obligándola al

¹⁴⁷ Centro de Arbitraje de México (CAM), disponible en: <http://www.camex.com.mx>.

¹⁴⁸ Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 736.

contrato.¹⁴⁹ La autorización, sea legal o contractual, contempla que una persona pueda interferir en derechos ajenos a nombre propio mediante negocio jurídico. Se podría argumentar que el artículo 1427, fracción III, del Código de Comercio mexicano, contiene dicha autorización de nombramiento; pero se trataría sólo del nombramiento, y no de la perfección del contrato. Como habíamos establecido previamente, se debe separar el nombramiento del árbitro del contrato con las partes,¹⁵⁰ y resulta difícil aplicar una norma procesal a un tema material.¹⁵¹ Una parte de la literatura alemana sugiere aplicar la autorización de forma contractual. Pero que una persona obligue a nombre propio a la contraparte va en contra del principio de publicidad del derecho privado. Es decir, la contraparte debe saber con quién contrata. La obligación con el tercero podría únicamente ser de beneficio o de derechos, pero no de obligaciones. Por lo tanto, la figura de la autorización no explica cómo se perfecciona el contrato entre las partes y el árbitro.

IV. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE PODER

Otra forma de celebrar el contrato es utilizando la figura del poder. Al acordar el acuerdo de arbitraje, las partes se otorgan tácitamente un poder para firmar un contrato con el árbitro que se nombra también en nombre de la otra parte.¹⁵² Esto se puede deducir del mismo convenio de arbitraje, que en muchos casos incluye un acuerdo sobre el procedimiento de elección de los árbitros. Pero aun si el acuerdo de arbitraje no lo contemplara, se puede suponer que las partes mutuamente se otorgan ese poder, porque obviamente debe nombrarse a los árbitros; sin ellos no se podría llevar a cabo el arbitraje. Pero el derecho mexicano no admite poderes tácitos e informales. La regulación mexicana sobre los poderes representa una excepción al principio general de los artículos 1796 de Código Civil Federal y 78 del Código de Comercio, que establece que los negocios jurídicos se perfeccionan por el simple consenti-

¹⁴⁹ Schütze, Rolf A. *et al.*, *Handbuch...*, *cit.*, numeral 187, citado en Gal, Jens, *op. cit.*, p. 102.

¹⁵⁰ Oetting, Torsten, *Der Schiedsrichtervertrag nach dem UML im deutschen Recht unter rechtsvergleichenden Aspekten*, al mismo tiempo tesis de doctorado Universidad de Múnich 1993, Múnich, 1994, p. 71.

¹⁵¹ Gal, Jens, *op. cit.*, p. 103.

¹⁵² OLG HH, OLGZ, 45, p. 178; Berger, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Boston, Deventer, 1993, p. 234; Lörcher, Gino *et al.*, *Das Schiedsverfahren-national/international-nach deutschem Recht*, Heidelberg, 2001, p. 39; Schlosser, Peter, *Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, §§ 916-1068 EG ZPO*, vol. 9, Münch, Joachim, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfahrensgesetz und Nebengesetzen*, vol. 3, §§ 803-1066, München, 2001, antes del párrafo 1034, numeral 10; citados en Gal, Jens, *op. cit.*, p. 104.

miento, sin necesidad de formalidades.¹⁵³ El Código Civil Federal mexicano establece una serie de formalidades para el documento escrito. El artículo 2556 de Código Civil Federal establece que el mandato podrá otorgarse en escrito privado firmado ante dos testigos, sin que sea necesaria la previa ratificación de las firmas cuando el interés del negocio para el que se confiere no exceda de mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 2555 del Código Civil Federal, el mandato debe otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos, y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces o autoridades administrativas correspondientes (i) cuando sea general; (ii) cuando el interés del negocio para el que se confiere sea superior al equivalente a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse, o (iii) cuando en virtud de él haya de ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público. Sólo puede ser verbal el mandato cuando el interés del negocio no exceda de cincuenta veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse.

El poder tiene que ser expreso, y no puede surgir implícitamente de las relaciones jurídicas contractuales o de negocios existentes, y debe consistir en una declaración expresa. Por lo anterior, no se puede interpretar que el acuerdo de arbitraje contenga un poder implícito o tácito entre las partes para celebrar el contrato con el árbitro a nombre de la otra parte. Así, la figura del poder no puede ser utilizada para explicar cómo se perfecciona el contrato entre las partes y el árbitro.

Al respecto, establece Gómez Jene:

...[p]ero no sólo la calificación del contrato arbitral es cuestión compleja. También lo es la cuestión relativa a su perfección (formación). El punto de partida en este punto podría plantearse así: en la medida en que, de ordinario, cada parte nombra un árbitro y éstos nombran al árbitro presidente, ¿cómo se establece la relación jurídica entre las partes y los árbitros que no ha nombrado esa parte? A este respecto, la construcción doctrinal —a mi juicio— más interesante pasa por interpretar que esa forma de designar los árbitros (cada parte nombra uno y los designados nombran al árbitro presidente) supone, lleva implícita, la concesión entre ambas partes de un poder de representación, de una autorización, de una atribución de competencia para que cada una de ellas actúe en nombre de la otra en el nombramiento del árbitro correspondiente. O, dicho de otro modo, las partes asumen que cada

¹⁵³ Barrera Graf, Jorge, *Representación de sociedades, la representación voluntaria en derecho privado*, 1967, p. 58.

una de ellas actúa en representación de la otra parte cuando nombra a un árbitro. A partir de esta interpretación debe entenderse, además, que la voluntad de las partes pasa por vincularse contractualmente con todo el colegio arbitral.¹⁵⁴

Ciertamente, no se ha encontrado todavía una explicación jurídica satisfactoria de la perfección del contrato entre las partes y el árbitro. La solución sugerida de Gómez Jene me parece interesante, sin embargo, sólo en cuanto hace a la autorización, y no el poder o mandato implícito, por las razones antes mencionadas. Es decir, las partes se otorgan tácitamente autorización mutua para el nombramiento del árbitro y la celebración del contrato entre las partes y el árbitro.

¹⁵⁴ Gómez Jene, Miguel, *op. cit.*, pp. 335-338.

CAPÍTULO QUINTO

RESPONSABILIDAD O PROTECCIÓN DEL ÁRBITRO

La jurisprudencia y la doctrina en diversas jurisdicciones aceptan la protección del árbitro contra los ataques personales de las partes de un arbitraje o por parte de terceros. Al igual que un juez que ejerce su función de juzgador, el árbitro debe contar con cierta inmunidad y seguridad para permitir el cumplimiento de su función de juzgador. No se trata de proteger a la persona, sino a la institución del árbitro para que pueda decidir libre de presiones y de forma imparcial. Dado que el árbitro cumple con una función similar a la de un juez, considero legítimo concederle una protección similar y limitar su responsabilidad.

Esta protección se basa en la función jurisdiccional que ejerce el árbitro. El árbitro se asemeja a un juez, pero no lo es; por lo tanto, la protección que se concede al árbitro no puede ser la misma que la que se concede a juez.

El laudo emitido por el árbitro deberá incorporarse al sistema jurídico en el cual se emite, ya que el Estado es tolerante con el arbitraje al permitir su existencia paralela al sistema judicial estatal. El Estado permite el arbitraje para que los comerciantes diriman sus disputas dentro en ambiente que se adapta a sus costumbres y necesidades. Pero queda claro que las partes de un arbitraje quedan sujetas al sistema jurídico, en específico al orden público, social, político y económico. En este sistema, la responsabilidad de los actores es un factor importante, que se manifiesta en la forma de proceder de cada sociedad. Dado que el arbitraje está ligado al sistema y al orden sociojurídico en el cual se desarrolla, y que en ese sistema la responsabilidad de los actores es un tema central, los árbitros no pueden quedar exentos. Cada sistema sociojurídico define el margen de responsabilidad que debe aplicarse a los actores. Se conocen las responsabilidades penal, civil y administrativa. El sistema jurídico establece los detalles de la responsabilidad, los casos, requisitos y las consecuencias jurídicas. El arbitraje internacional, al precisar el país sede, se incorpora al marco legal del mismo, que rige igualmente la relación entre las partes y el árbitro, así como su responsabilidad. Es decir, al acordar la relación entre las partes y el árbitro mediante un con-

trato, se pronuncian sobre el tema de la responsabilidad del árbitro. Es necesario definir el marco jurídico en el que puede responsabilizarse al árbitro.

Si se toma como punto de partida la función del árbitro similar a un juez, es decir, su función jurisdiccional, y el hecho de que los jueces gozan de cierta protección por sus actos, resulta aconsejable que el árbitro cuente igualmente con un apoyo similar. Las reglas que regulan la revocación proporcionan protección del árbitro, pero algo limitada. Al emitirse el laudo, la parte perdedora se siente tentada de refutarlo. Se trata de una reacción normal. Han pasado los tiempos en que el arbitraje era un *gentleman agreement*, mediante el cual la parte perdedora aceptaba y acataba sumisamente el laudo. Hoy en día las partes tratan de pelear por su causa. Aceptar un laudo sin utilizar las vías de anulación implicaría para muchos rendirse. Por ello, la parte insatisfecha con el laudo tratará de utilizar todos los recursos posibles contra el mismo. Así, cualquier juez se expone a la reacción negativa de las partes. Por ello deberá ser protegido sin concederle total impunidad.

I. CATEGORÍAS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Diferentes leyes y reglamentos guardan silencio sobre la responsabilidad de los árbitros. En Guatemala y Costa Rica se aplican las reglas generales de responsabilidad contractual. En Chile y Venezuela se aplica una asimilación del árbitro con el juez.¹⁵⁵

La profesora María Pilar Perales Viscasillas establece tres categorías de responsabilidad legal en ordenamientos jurídicos de diversas legislaciones y reglamentos arbitrales:¹⁵⁶

1. El modelo de exoneración total,
2. El modelo de exoneración cualificada, y
3. El modelo de responsabilidad general por culpa o negligencia.

1. *Exoneración total*

La mayoría de las reglas que rigen las instituciones de arbitraje relegan la responsabilidad de los árbitros. Las reglas difieren respecto a la extensión

¹⁵⁵ Perales Viscasillas, *La responsabilidad civil...*, cit.

¹⁵⁶ Perales Viscasillas, Pilar, “El seguro arbitral: un mercado emergente en España. Consecuencias de la nueva exigencia legal”, *Gerencia de riesgos y seguros, Fundación MAPFRE Estudios*, núm. 118-1, 2014, p. 21.

de la exclusión. En general, los árbitros no son responsables por simple negligencia en la toma de decisiones. En diversas instituciones se garantiza la inmunidad. Esto ha sido muy criticado, ya que las instituciones juegan un papel meramente administrativo y no judicial. No cuentan con el estatus judicial de un árbitro. La naturaleza contractual entre las partes y la institución arbitral debería conllevar obligaciones y responsabilidades contractuales.¹⁵⁷

A. CIADI

El Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio”) prevé una de las exclusiones de responsabilidad más extensas de los reglamentos institucionales, es decir, la completa inmunidad de los árbitros, aun en caso de mala conducta intencional. El artículo 21 de la Convención del CIADI establece al respecto:

El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado:

(a) gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Rasmussen, Matthew, “Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France”, *Fordham International Law Journal* 26, núm. 6, 2002, p. 1874.

¹⁵⁸ “Artículo 21: El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado: (a) gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad; (b) cuando no sean nacionales del Estado donde ejerzan sus funciones, gozarán de las mismas inmunidades en materia de inmigración, de registro de extranjeros y de obligaciones, derivadas del servicio militar u otras prestaciones análogas, y asimismo gozarán de idénticas facilidades respecto a régimen de cambios e igual tratamiento respecto a facilidades de desplazamiento, que los Estados Contratantes concedan a los representantes, funcionarios y empleados de rango similar de otros Estados Contratantes”. Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, como fueron enmendados y entraron en vigor el 10 de abril de 2006.

B. AAA

La regla R-48(d) de las Commercial Arbitration Rules & Mediation Procedures de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) establece una total exención de responsabilidad:

(d) Parties to an arbitration under these rules shall be deemed to have consented that neither the AAA nor any arbitrator shall be liable to any party in any action for damages or injunctive relief for any act or omission in connection with any arbitration under these rules.¹⁵⁹

Esta extensa exención de responsabilidad aplica de acuerdo con la regla R-1 del mencionado reglamento cuando (i) las partes de una disputa comercial dentro o fuera de los Estados Unidos de América hayan acordado expresamente someter su disputa a la administración de la AAA y sus Reglas de Arbitraje Comercial (Commercial Arbitration Rules) o cuando (ii) las partes hayan sometido su disputa a la AAA sin precisar las reglas tratándose de una disputa comercial nacional, es decir, en el territorio de los Estados Unidos, o sea, que esta extensa exención, por regla general aplica a todas las disputas comerciales en los Estados Unidos sometidos a la administración de la AAA. Esto debiera corresponder a la mayoría de los arbitrajes comerciales en los Estados Unidos. La inmunidad absoluta fue ratificada en el caso *Ruberstein v. Otterbourg*. La Corte estableció que la misma inmunidad que aplica a los árbitros debiera extenderse a las instituciones arbitrales porque son instituciones cuasijudiciales.¹⁶⁰

2. Exoneración cualificada

Este modelo se basa en la imputación de responsabilidad civil únicamente en los casos más graves, generalmente por dolo o culpa grave. Según Perales Viscasillas, este último modelo es el que más éxito y difusión ha tenido en la práctica durante los últimos años, y es el adoptado por el derecho español, el que requiere dolo, mala fe o temeridad por parte del árbitro.¹⁶¹

¹⁵⁹ Commercial Arbitration Rules & Mediation Procedures Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes; Arbitration Rules & Mediation Procedures; amended and effective June 1, 2009; Fee Schedule amended and effective June 1, 2010; disponible en: adx.org/commercial.

¹⁶⁰ *Ruberstein vs. Otterbourg*, 357 N.Y.S.2d 62 (1973).

¹⁶¹ Perales Viscasillas, Pilar, *El seguro arbitral...*, cit., p. 21.

A. CCI

Existen también modelos de exoneración total o limitación de responsabilidad, como el Reglamento de Arbitraje¹⁶² de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que incluye una exclusión total de responsabilidad de los árbitros, aun por actos malos cometidos de forma intencional. A diferencia del Reglamento de 1998, esa exclusión total de responsabilidad está sujeta a las limitaciones del derecho nacional aplicable:

Artículo 40. Limitación de responsabilidad. Los árbitros, cualquier persona nombrada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia, la Corte y sus miembros, la CCI y sus empleados, y los Comités Nacionales y Grupos de la CCI y sus empleados y representantes no serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje, excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad sea prohibida por la ley aplicable (énfasis añadido).

Esta limitación refleja recientes decisiones de la Cour de cassation de París sobre la responsabilidad de los árbitros. La Cour de cassation de París decidió que la total exención de responsabilidad de los árbitros no era compatible con el derecho francés. Dicho sistema jurídico no permite, por ejemplo, una exención por actos dañinos intencionales o de mala fe. Para la Cour de cassation de París, esta regla era contraria al derecho francés, y, por ende, no aplicable. En respuesta, la CCI incluyó la salvedad del derecho nacional. La CCI declinó toda responsabilidad a costa de los árbitros con esta modificación. Ahora los árbitros, antes de aceptar un encargo, tendrán que revisar a fondo la legislación nacional aplicable para determinar en qué medida podrían ser responsables de sus actos. Lo anterior podría tener un efecto negativo en la aceptación de casos en los que apliquen legislaciones nacionales desfavorables a su compromiso.

La CCI, en reacción a las decisiones desfavorables de la Cour de cassation de París, incluyó esta salvedad. Otra opción hubiera sido definir la responsabilidad de los árbitros bajo ciertos parámetros. La CCI no intentó regularizar la responsabilidad de los árbitros, sino que retorna a los árbitros la solución del problema.

Es semejante a lo que establece la sección 22 de la Ley de Arbitraje de Irlanda de 2010 “(1) An arbitrator shall not be liable in any proceedings for

¹⁶² Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir del 1o. de enero de 2012, disponible en: <http://www.iccwbo.org>.

anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his or her functions”.

La sección 1297.119 del Código de Procedimientos Civiles de California reza al respecto: “An arbitrator has the immunity of a judicial officer from civil liability when acting in the capacity of arbitrator under any statute or contract. The immunity afforded by this section shall supplement, and not supplant, any otherwise applicable common law or statutory immunity”.

B. AAA

Resulta interesante que la AAA no haya adoptado el principio de la total exención de responsabilidad de los árbitros en sus *International Dispute Resolution Procedures*. En el artículo 35 de dichos procedimientos, la AAA admite que los árbitros pueden ser responsables por malos actos cometidos de forma consciente e intencional:

Exclusion of Liability

The members of the tribunal and the administrator shall not be liable to any party for any act or omission in connection with any arbitration conducted under these Rules, except that they may be liable for the consequences of conscious and deliberate wrongdoing.¹⁶³ (énfasis añadido)

De acuerdo con el artículo 1o., este reglamento sólo aplica cuando (i) las partes hayan sometido su disputa de acuerdo con estas reglas o cuando (ii) las partes hayan sometido su disputa internacional al International Centre for Dispute Resolution de la AA sin especificar este reglamento.¹⁶⁴

¹⁶³ International Dispute Resolution Procedures Including Mediation and Arbitration Rules, Amended and Effective June 1, 2009, Fee Schedule Amended and Effective June 1, 2010, The International Division.

¹⁶⁴ Article 1. a. Where parties have agreed in writing to arbitrate disputes under these International Arbitration Rules or have provided for arbitration of an international dispute by the International Centre for Dispute Resolution or the American Arbitration Association without designating particular Rules, the arbitration shall take place in accordance with these Rules, as in effect at the date of commencement of the arbitration, subject to whatever modifications the parties may adopt in writing. b. These Rules govern the arbitration, except that, where any such rule is in conflict with any provision of the law applicable to the arbitration from which the parties cannot derogate, that provision shall prevail. c. These Rules specify the duties and responsibilities of the administrator, the International Centre for Dispute Resolution, a division of the American Arbitration Association. The administrator may provide services through its Centre, located in New York, or through the facilities of arbitral institutions with which it has agreements of cooperation. International Dispute

C. *CNUDMI*

De acuerdo con el artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “[s]alvo en caso de falta intencional, en la máxima medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionados con el arbitraje”.¹⁶⁵

La CNUDMI regula la responsabilidad de los árbitros mediante una renuncia de las partes a cualquier acción en su contra. Este desistimiento se ve limitado en casos de (i) falta intencional y (ii) según lo permita la ley aplicable.

Reglamento de la CNUDMI:

Responsabilidad

Artículo 16

Salvo en caso de falta intencional, en la máxima medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionados con el arbitraje.

D. *LCIA*

Similar a la CNUDMI, la London Court of International Arbitration (LCIA) estipula en el artículo 31.1 de su reglamento la exclusión de responsabilidad de los árbitros. Al efecto, dicho artículo dice:

None of the LCIA, the LCIA Court (including its President, Vice Presidents and individual members), the Registrar, any deputy Registrar, any arbitrator and any expert to the Arbitral Tribunal shall be liable to any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration conducted by reference to these Rules, save where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party.

Resolution Procedures Including Mediation and Arbitration Rules, Amended and Effective June 1, 2009, Fee Schedule Amended and Effective June 1, 2010, The International Division; disponible en: www.adr.org.

¹⁶⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), Naciones Unidas, Nueva York, 2011, Resolución de la Asamblea General 65/22 Revisión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

La LCIA no extiende la exclusión total de responsabilidad por actos u omisiones cometidos por el árbitro de forma consciente e intencional.

E. SCC

El Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Suiza extiende la responsabilidad del árbitro a actos de negligencia calificada. El artículo 44 del Reglamento establece:

EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Artículo 45

1. Ni los miembros del consejo directivo de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas, ni los miembros de la Corte y la Secretaría, ni las Cámaras en lo individual o su personal, ni los árbitros, ni los peritos nombrados por el tribunal, ni el secretario del tribunal arbitral serán responsables por acto u omisión alguno relacionado con un arbitraje llevado a cabo con arreglo a este Reglamento, a menos que quede demostrado que el acto o la omisión es un acto ilícito doloso o se realizó con culpa grave.¹⁶⁶

F. DIS

El Reglamento de Arbitraje de 1998 (vigente a partir del 1 de julio de 1998) de la Institución Alemana para el Arbitraje (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit o DIS) establece en su artículo 44.1, Exoneración de responsabilidad, que “[l]os árbitros estarán exonerados de la responsabilidad derivada de su actuación arbitral en tanto no hayan incurrido en *incumplimiento doloso* de sus deberes”.

G. CEPANI

Las Reglas del Centro Belga para Arbitraje y Mediación (The Belgian Centre for Arbitration and Mediation Rules) establecen en el artículo 37 una limitación de responsabilidad:

Limitation of liability

¹⁶⁶ Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas Asociación para el Arbitraje y la Mediación de las Cámaras de Comercio Suizas Cámaras de Comercio de Basilea, Berna, Ginebra, Neuchâtel, Tesino (Lugano), Vaud (Lausana), Zúrich, en efecto, desde el 1o. de junio de 2012.

1. Except in the case of fraud, the arbitrators shall not incur any liability for any act or omission when carrying out their functions of ruling on a dispute.
2. For any other act or omission in the course of an arbitration proceeding, the arbitrators, CEPANI and its members and personnel shall not incur any liability except in the case of fraud or gross negligence.

La actual Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003) sigue el modelo de exoneración cualificada de responsabilidad en su artículo 21. Según Perales Viscasillas, se trata del modelo mayormente aplicado por las leyes y reglamentos arbitrales como el ASA (2012), LCIA y el ICDR.

Sin embargo, el modelo en España ha transitado de un modelo basado en la culpa a un modelo de exoneración limitada de responsabilidad:

Artículo 796 LEC (1881): “La aceptación de los árbitros dará derecho a cada una de las partes para compelerlos a que cumplan con su encargo, bajo la pena de responder de los daños y perjuicios”.

Artículo 25 LADP (1953): “La aceptación de los árbitros dará derecho a cada una de las partes para compelerles a que cumplan con su encargo, bajo la pena de responder de los daños y perjuicios. Los árbitros tendrán derecho a exigir retribución de las partes en los casos establecidos por el Código Civil para el contrato de mandato”.

Artículo 16 LA (1988): “La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros”.

Artículo 21 LA (2003): “dolo, mala fe, temeridad. Especialidades en España: Acción directa y SRC obligatorio (2011). Árbitros: independencia e imparcialidad: modelo autónomo desvinculado de los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados”.

3. *Exoneración por culpa y negligencia*

Finalmente, se distingue el modelo basado en la responsabilidad por culpa, como lo establece el artículo 42 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras (Decreto 161-2000): “La aceptación obliga a los árbitros a cumplir su función con esmero y dedicación y serán responsables de reparar los daños y perjuicios que por su culpa y negligencia llegaren a causar a las partes o a

terceros”. En forma similar lo regula el artículo 594, párrafo 4, del Código de Procedimientos Civiles de Austria: “Un árbitro quien no cumpla o no cumpla a tiempo con la obligación que resulte de la aceptación del encargo, será responsable ante las partes por todo el daño que su negativa o demora culposa hayan causado”.¹⁶⁷

II. MODELO DE TOTAL O CUASITOTAL EXONERACIÓN Y EL MODELO CONTRACTUAL

Perales Viscasillas debate entre el modelo de total o cuasitotal exoneración y el modelo contractual. El primero tiene por objetivo asegurar la independencia de los árbitros y la integridad del proceso, así como evitar una litigación vejatoria y demandas frívolas de responsabilidad. Además, fomenta el mercado de profesionales dispuestos a ser árbitros y evita la litigación colateral. El argumento es funcional: la analogía entre los árbitros y los jueces, y la función jurisdiccional que asumen los asemeja a los jueces, los que gozan de inmunidad. El objetivo es claramente proteger al árbitro para que el así perdure el sistema de arbitraje. Las demandas por responsabilidad acarrearían el debilitamiento del arbitraje.

1. *Modelo de total o cuasitotal exoneración*

Las leyes nacionales en los sistemas jurídicos civiles y anglosajones muestran una gran variedad en la forma de regular la inmunidad de los árbitros.¹⁶⁸ Esto refleja la complejidad del asunto, ya que cualquier propuesta de solución deberá adaptarse al sistema nacional correspondiente. Lo contrario no vendría en ayuda de los árbitros. Las diferentes regulaciones nacionales sobre la inmunidad del árbitro son reflejo de la reglamentación de cada país.¹⁶⁹ Los mismos autores de la Ley Modelo UNCITRAL con-

¹⁶⁷ Traducción propia del § 594 ZPO (4) “Ein Schiedsrichter, welcher die durch Annahme der Bestellung übernommene Verpflichtung gar nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, haftet den Parteien für allen durch seine schuldhafte Weigerung oder Verzögerung verursachten Schaden”.

¹⁶⁸ Para un panorama, véase los reportes de países en Weigand, Frank-Bernd, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010; Paulsson, Jan, *International Handbook on Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2010.

¹⁶⁹ ECJ, 30 September 2003, C-224/01, Gerhard Köbler v. Republic Österreich [2003] ECR I-10239 y ECJ, 13 June 2006, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA in Liquidation.

cluyeron que no era posible redactar un texto que pudiera armonizar todas las leyes nacionales de arbitraje.¹⁷⁰ Por ello, la Ley Modelo UNCITRAL no contiene regulación al respecto. La mayoría de las legislaciones locales tratan de proteger a los árbitros de responsabilidad civil. Sin embargo, algunas jurisdicciones en el Medio Oriente responsabilizan a los árbitros por todos sus actos, incluyendo la negligencia.¹⁷¹

A. *Estados Unidos*

Respecto a la fundamentación dogmática de la inmunidad del árbitro, los países del *common law* siguen el concepto de la inmunidad judicial (*judicial immunity*), al equiparar las funciones de los árbitros con las de los jueces, aunque no puede equiparse de manera absoluta. “En cuanto al objeto, el ámbito de aplicación del arbitraje sólo llega hasta donde alcance la libertad de los particulares; por ello, «...quedan extramuros del arbitraje aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición...»”.¹⁷² Dice Cremades que frente “a las facultades que la Constitución otorga a los órganos judiciales, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la potestad jurisdiccional del árbitro abarca únicamente la de juzgar, desempeñando una función pública “...cuasi-jurisdiccional y en ese «casi está el quid de la cuestión...»”.¹⁷³ Por otro lado, los países con sistemas de derecho civil se basan en la relación contractual entre el árbitro y las partes y el origen del nombramiento del árbitro.¹⁷⁴

En Estados Unidos, desde el siglo XIX, las cortes se dedicaron a analizar la inmunidad de los jueces, y posteriormente, de los árbitros. Las cortes norteamericanas adoptaron y expandieron el acuerdo inglés sobre la

tion v Italian Republic [2006] ECR I-5177.

¹⁷⁰ UNCITRAL, Fourteenth Session, 19-26 June 1981, International Commercial Arbitration-Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration, UN Doc. A/CN.9/207, para. 70.

¹⁷¹ Born, Gary Bryan, *International Commercial Arbitration*, vol. 1, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 1659.

¹⁷² Auto del Tribunal Constitucional 259/1993, citado en Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, *El arbitraje...*, cit., pp. 185 y 195.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ Para mayor referencia sobre el concepto de inmunidad judicial y responsabilidad contractual, véase Schwarz, Frank T. y Konrad, Christian W., *A Commentary on International Arbitration in Austria*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2009, pp. 178 y ss.

inmunidad del árbitro.¹⁷⁵ La Suprema Corte de los Estados Unidos expresó la doctrina de inmunidad judicial de la manera más enérgica en 1871 en el caso *Bradley v. Fisher*, al establecer que los jueces de juzgados de jurisdicción superior o general no son civilmente responsables por sus actos judiciales aun cuando dichos actos sean en exceso de su jurisdicción, supuestamente hayan sido cometidos de forma maliciosa o corrupta.¹⁷⁶ En general, se les concede a los árbitros en dicho país inmunidad absoluta de responsabilidad civil respecto a todas las actividades relacionadas con la toma de decisiones, incluyendo los casos de negligencia grave y mala conducta intencional (*willful misconduct*).¹⁷⁷

Such immunity “is essential to protect the decision-maker from undue influence and protect the decision-making process from reprisals by dissatisfied litigants”. ... That rationale extends equally to claims against arbitral administrative institutions, when they perform “functions that are integrally related to the arbitral process”.¹⁷⁸

La doctrina de la inmunidad en los Estados Unidos protege ampliamente y se encuentra bien establecida en las leyes federales y estatales.¹⁷⁹ Así, los jueces siguen inmunes aunque hayan cometido actos de aparente corrupción o intencionalmente perjudiciales.¹⁸⁰ Esta aplicación amplia de

¹⁷⁵ Nolan, Dennis R. y Abrams, Roger I., “Arbitral Immunity”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* 11, núm. 2, junio de 1989, p. 230.

¹⁷⁶ *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 13 Wall. 335 335 (1871), p. 80.

¹⁷⁷ Franck, S. D., “The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity”, 20, *N. Y. L. Sch. J. Int’l & Comp. L.*, 2000, pp. 1 y 31; Rutledge, Peter B., “Toward a Contractual Approach for Arbitral Immunity”, *Ga. L. Rev.*, núm. 39, 2004, pp. 151 y ss., *Stasz v Schwab*, 121 Cal. App. 4th 420 (Cal. Ct. App. 2004),

¹⁷⁸ United States District Court, S.D. New York. *Global Gold Mining, LLC, Petitioner v. Peter M. Robinson, et al., Respondents*. No. 07 Civ. 10492(GEL), 6 de febrero de 2008, disponible en: Westlaw, 533 F.Supp.2d 442

¹⁷⁹ Roitman, Sara, “Beyond Reproach: Has the Doctrine of Arbitral Immunity been Extended too far for Arbitration Sponsoring Firms?”, *Boston College Law Review*, núm. 51, 2010, p. 557.

¹⁸⁰ *Jones v. Brown*, 6 N. W., p. 140, 142 (Iowa 1880), “[A] judge of any court, whether of limited or general jurisdiction, is not liable in a civil action for acts done in his judicial capacity, and within his jurisdiction, even though it be alleged that the acts complained of were done maliciously and corruptly”; *Hoosac Tunnel Dock & Elevator Co. v. O’Brien*, 137 Mass. 424, 426 (1884) (“An arbitrator is a quasi-judicial officer... There is much reason in his case for protecting and insuring his impartiality, independence, and freedom from undue influences, as in the case of a judge or juror”); *Pratt v. Gardner*, 56 Mass. (2 Cush.) 63, 68-69 (1848) (“It is a principle lying at the foundation of all well ordered jurisprudence, that every judge, whether of a higher or lower court, exercising the jurisdiction vested in him

la doctrina de inmunidad se vio limitada, por ejemplo, cuando el árbitro no emita su laudo dentro del plazo establecido por las partes en el contrato arbitral¹⁸¹ o cuando se hayan cometido actos intencionalmente perjudiciales.¹⁸² Además, los árbitros no podrán demandar sus honorarios si actuaron con negligencia grave o mala fe. El legislador norteamericano reaccionó a las decisiones judiciales y enmendó los reglamentos y leyes estatales de arbitraje para otorgar inmunidad absoluta a los árbitros.

De lo anteriormente expuesto podría deducirse que permitir responsabilidad significaría el ocaso de la institución arbitral. La cuasiinmunidad de los árbitros en Estados Unidos ha sido criticada, ya que ellos no son equiparables en todos los aspectos con el juez.¹⁸³

B. Reino Unido

En el Reino Unido se estableció, tal como en Estados Unidos, el concepto de la casi inmunidad de los árbitros. La ley de arbitraje inglesa, la English Arbitration Act de 1996, concede expresamente a los árbitros, inmunidad legal de responsabilidad civil: “An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith”.¹⁸⁴ El artículo codifica el *case law* inglés que dominaba las tesis de los tribunales previo a dicha ley. La idea detrás del concepto de inmunidad es proteger la imparcialidad de los árbitros, así como la finalidad de sus laudos. Además, quiere prevenir que la parte perdedora litigue de nuevo el asunto o partes

by law, and deciding upon the rights of others, should act upon his own free, unbiased convictions, uninfluenced by any apprehension of consequences”, citado en Roitman, Sara, *op. cit.*, p. 562.

¹⁸¹ *Baar v. Tigerman*, 140 Cal. App. 3d 979 (Cal. Ct. App. 1983).

¹⁸² *Lundgren v. Freeman*, 307 F.2d 104 (9th Cir. 1962).

¹⁸³ Carroll, Robert M., “Quasi-Judicial Immunity: The Arbitrator’s Shield or Sword”, *Journal of Dispute Resolution 1991*, núm. 1, 1991, p. 147.

¹⁸⁴ Arbitration Act 1996, CHAPTER 23, An Act to restate and improve the law relating to arbitration pursuant to an arbitration agreement; to make other provision relating to arbitration and arbitration awards; and for connected purposes, publicado el 17 de junio de 1996, Art. 29 *Immunity of arbitrator*. (1) An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith. (2) Subsection (1) applies to an employee or agent of an arbitrator as it applies to the arbitrator himself. (3) This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning (but see section 25).

de éste que ya fueron resueltas por medio del arbitraje, mediante una acción judicial en contra del árbitro.¹⁸⁵

2. *Modelo contractual*

El modelo contractual responde al tradicional sistema de responsabilidad. La independencia y responsabilidad son conceptos armónicos. La responsabilidad por culpa no cuestiona la independencia ni choca con ella porque fomenta el cuidado, la diligencia y la preparación de los árbitros. Esto a su vez aumenta la calidad del servicio arbitral, lo que conlleva la utilización del arbitraje por los usuarios del sistema. El modelo contractual es así coherente con el arbitraje, donde no existe un sistema de recursos.¹⁸⁶

La Ley de Arbitraje española se decanta por la relación contractual y basa la responsabilidad del árbitro en la aceptación del encargo y su fiel cumplimiento.¹⁸⁷ De esto se derivan diversas obligaciones, que se tratarán más adelante, como la relativa a la independencia e imparcialidad, el deber de revelación, obligaciones relativas al procedimiento, y la obligación de laudar.

A. *México*

En la doctrina y jurisprudencia mexicana no se ha tratado hasta ahora este tema. Este trabajo analiza el tema y ofrece una propuesta de solución al respecto.

Si se acepta que el árbitro debe ser protegido, es necesario precisar el alcance de esta protección. No puede aceptarse total impunidad se cual sea la función o cargo que desempeñen los actores de cualquier sistema jurídico. Esto aplica con mayor peso a quienes ejerzan el poder de juzgar. Aunque no se puede excluir totalmente la responsabilidad del árbitro, se le debe proteger en la toma de decisiones.¹⁸⁸ Resulta importante encontrar un

¹⁸⁵ Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, 1996, Report on the Arbitration Bill ARB. INT. 1997, 275 par. 132.

¹⁸⁶ Perales Viscasillas, Pilar, *La responsabilidad civil...*, cit.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ Cadiet, Loïc, *Chronique, cit.*, 3587, §3. Recommandation n° R (94) 12 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, adoptée le 13 octobre 1994 par le Conseil de l'Europe, éd. Conseil de l'Europe, 1995; JCP, 1995, I, 3891, obs. L. Cadiet.

balance entre la protección del árbitro para ejercer su encargo de forma independiente y la responsabilidad por sus actos.

B. Alemania

En Alemania, un país que está basado en el sistema del derecho civil, la relación entre los árbitros y las partes se basa en el contrato que los vincula. Por lo tanto, la responsabilidad del árbitro se fundamenta en dicho contrato y su régimen de aplicación. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Alemania, el *Bundesgerichtshof* o BGH, establece que los árbitros generalmente son responsables del incumplimiento de sus obligaciones que emanan del contrato entre ellos y las partes. Más aún, los árbitros no caen bajo la protección de inmunidad del párrafo 839 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), que protege a los jueces.¹⁸⁹ Pero la Suprema Corte alemana relacionó la inmunidad de los árbitros a la de los jueces, al establecer que el contrato de arbitraje implícitamente otorga a los árbitros el mismo grado de inmunidad del que gozan los jueces estatales, de acuerdo con el § 839 del BGB, dentro de los límites del derecho contractual alemán.¹⁹⁰ De acuerdo con la jurisprudencia del BGH, el árbitro está liberado de responsabilidad cuando así lo estén los jueces estatales, es decir, mientras no se trate de un delito penal. Esta inmunidad se ve limitada, según el BGH, por el derecho contractual, que no prevé la exclusión de actos intencionales.¹⁹¹ Los árbitros, a diferencia de los jueces, son responsables por actos intencionales que no constituyan un delito penal.¹⁹² Los jueces, por su parte, pueden cometer actos intencionales que afecten o dañen a las partes sin que sean responsables, siempre y cuando dichos actos intencionales no constituyan delitos penales.

A diferencia del BGH, ciertos autores alemanes quieren asimilar la inmunidad del árbitro a la del juez estatal sin aplicar las limitaciones que

¹⁸⁹ El § 839 BGB establece que “(2) Si un funcionario público incumple en una sentencia de un litigio sus obligaciones oficiales, sólo será responsable por el daño ocasionado por dicho incumplimiento, si si el incumplimiento es un delito penal. La presente provisión no aplica a una negación o dilatación indebida del ejercicio del deber oficial (*Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung*)”.

¹⁹⁰ BGHZ 15, 12, 14 y ss.

¹⁹¹ § 276(3) BGB.

¹⁹² BHZ 15, 12, 14, al referirse al § 276(3) BGB.

establece el derecho contractual.¹⁹³ El concepto de la limitación implícita del contrato entre las partes y el árbitro establecido por la Suprema Corte alemana ha sido muy criticado por la doctrina,¹⁹⁴ pero no así el fundamento en el derecho contractual.¹⁹⁵ La limitación de responsabilidad del § 839 BGB sólo aplica a la toma de decisiones del árbitro, como la evidencia, los hechos, la aplicación del derecho y otras acciones dentro del proceso arbitral estrechamente relacionados con la toma de decisiones.¹⁹⁶ Los árbitros sólo son responsables si la parte afectada ha tratado de apelar el laudo dentro del plazo legal establecido (argumento del § 839(3) BGB). La limitación de responsabilidad no aplica para las obligaciones del árbitro que no se encuentren estrechamente relacionadas con la toma de decisiones, como la confidencialidad y la información sobre conflictos de interés, así como la obligación de emitir un laudo formalmente correcto (§ 1054 Código de Procedimientos Civiles alemán o ZPO) y en tiempo. En este caso el árbitro es personalmente responsable de acuerdo con el contrato de arbitraje.

C. Francia

Tanto la doctrina como la jurisprudencia francesas reconocen la necesidad de proteger al árbitro contra acciones de las partes involucradas. El objetivo es brindarle al árbitro seguridad y libertad, que le permita desarrollar debidamente su encargo y dirimir la disputa de forma neutral e imparcial, sin que se exija su responsabilidad de mala fe.¹⁹⁷ Probablemente la concesión de protección al árbitro vaya en contra del principio que sostiene que el causante de un daño deberá asumir la responsabilidad. Es decir, la función del árbitro anula en cierto modo la base contractual. Pero este principio no puede aplicar, o no totalmente, al árbitro, porque para cumplir con la misión jurisdiccional requiere de la más amplia libertad para juzgar.

Sin embargo, aun cuando exista casi unanimidad sobre la necesidad de otorgar protección al árbitro, no se ha definido de forma precisa su fundamento y aplicación. En consecuencia, resulta importante analizar las bases

¹⁹³ Gal, Jens, *op. cit.*, p. 200.

¹⁹⁴ Lachmann, Jens-Peter, "Die Haftung des Schiedsrichters nach deutschem Recht", *AG*, 1997, p. 178.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 179.

¹⁹⁶ Musielak, Hans-Joachim, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 4a. ed., vol. 3, München, 2005, § 1035 par. 25; respecto a la responsabilidad del juez véase la decisión del BGH del 4 de noviembre de 2011, III, ZR 32/10, Beck RS 2010, 29173.

¹⁹⁷ Cadiet, Loïc, *Droit judiciaire...*, *cit.*, núm. 303.

de la protección del árbitro. Así como existen diversos sistemas jurídicos y jurisdicciones, existen formas de regular la figura del árbitro. Algunos sistemas, como el estadounidense, equiparan, en específico por la jurisprudencia, al árbitro con el juez por la función de juzgador que ejerce, y le confieren la misma protección que al juez. Otros sistemas jurídicos se basan en el contrato que rige la relación de las partes con el árbitro.

Al equiparar al árbitro con un juez estatal, no se toma en cuenta que el árbitro no emite un laudo en nombre del Estado o del pueblo, y que no cuenta con *imperii*. El árbitro dirime una disputa con base en un contrato. Su nombramiento se basa en el mismo. Aun en las jurisdicciones que más apoyo brindan a los árbitros no existe una protección total, porque llevaría a un conflicto con los derechos de los demás actores del sistema jurídico. Por ende, debe existir, en principio, responsabilidad del árbitro. Pero la protección deberá estar limitada a ciertos aspectos de su actuación. Por ende, la acción del árbitro delimita su responsabilidad.

Dado que el juez ejerce una función judicial, los Estados le conceden al juez estatal una protección amplia contra acciones de las partes. Sería tema de otro trabajo discutir si los jueces merecen una protección casi total o si debieran ser mayormente responsables de sus actos. Dado que el árbitro ejerce una función similar, pero no equiparable, a la del juez estatal, resulta razonable concederle una protección similar contra ataques y limitar su responsabilidad.

En el derecho francés, el juez goza de una protección basada en su función.¹⁹⁸ Sin embargo, aunque exista cierta responsabilidad, es difícil de imputársela, de tal forma que se habla del dogma de la irresponsabilidad de los jueces.¹⁹⁹

La protección del juez estatal está fundada en la función que ejerce. Por lo general se asimila la función del árbitro a la del juez para argumentar que

¹⁹⁸ “Article 11-1 de l’ordonnance n°58-1270 du 22 déc. 1958 sur le statut de la magistrature; article L 781-1 COJ; article 505 CPC. “Il en ressort un régime double: d’une part, le magistrat judiciaire ne peut jamais être directement mis en cause par les parties car seul l’État peut agir à titre récurant et seulement dans le cas d’une faute intentionnelle et personnelle du magistrat. Il existe aussi un système de sanction prononcée par le conseil supérieur de la magistrature, mais il est sans effet quant aux fautes se rattachant à la fonction judiciaire. D’autre part, les juges de l’ordre judiciaire, non magistrats ne peuvent être pris à parti que dans les cas prévus à l’article 505 CPC, dont aucun ne vise la faculté de jugement. Au final, la responsabilité individuelle des juges étatiques est donc presque impossible à mettre en œuvre”.

¹⁹⁹ “En droit français, le juge bénéficie d’une immunité de principe du fait de sa fonction particulière. Malgré cela, cette responsabilité est si difficile à actionner que l’on voit émerger une importante contestation et remise en cause du dogme de l’irresponsabilité des juges”.

ambos deben gozar de protección similar. Aunque para la mayoría de las jurisdicciones el principio de protección del árbitro se basa en la función que ejerce, se puede afirmar que en los países del *common law* la protección no es más amplia, sino casi total. En los países del derecho civil, la protección está limitada a las actuaciones y violaciones cometidas por el juez.

Dependiendo del sistema jurídico, se transfiere, por ejemplo, el esquema de protección del juez estatal al árbitro o se analiza la misión específica y la responsabilidad que de ella emana. Resulta evidente que dadas las disparidades y diferencias entre cada jurisdicción respecto al tema de la responsabilidad, resulta casi imposible elaborar un régimen universal de responsabilidad. Al respecto, la misma Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió soslayar este tema.²⁰⁰

En el derecho francés se le concede al árbitro una protección limitada con base en el principio de inmunidad fundada en su función. Pero esta protección no es absoluta, y la responsabilidad se podrá activar bajo otras bases. Sin embargo, los tribunales casi no han reconocido dicha responsabilidad. La literatura francesa no ha definido si la protección del árbitro es igual o idéntica a la del juez,²⁰¹ ya que se desarrollan en contextos diferentes. Por ello, la protección del árbitro no podrá ser idéntica a la del juez ni tan extendida.

La protección del árbitro en Francia va enfocada a su función jurisdiccional. El árbitro francés está protegido sólo contra acciones fundadas en un posible error judicial. Resulta difícil concebir un sistema con plena responsabilidad. Esto no compaginaría con la figura del arbitraje. La decisión sobre la responsabilidad del árbitro concierne al juez estatal, que se convierte en controlador del árbitro y de sus decisiones. Por esto, la protección del árbitro no es, por definición, total. Ni lo es para el mismo juez estatal. Dentro de la protección que gozan los jueces, únicamente las violaciones más graves a la función jurisdiccional se penalizan. En materia civil, la responsabilidad del árbitro puede ser contractual o extracontractual, pero también jurisdiccional.²⁰²

Por ello, el modelo de responsabilidad del juez estatal y sus causas pueden servir de modelo para la delimitación de la responsabilidad del árbitro. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que en el derecho francés ciertas cau-

²⁰⁰ Fouchard, Philippe *et al.*, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, Litec, 1996.

²⁰¹ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 79.

²⁰² *Idem.*

sas son específicas de la función y la posición de juez estatal como servidor público, y no son aplicables al árbitro.²⁰³

Del caso Raoul Duval²⁰⁴ se desprende que la jurisprudencia francesa imputa responsabilidad al árbitro si éste no cumple con sus obligaciones. La base de dicha responsabilidad varía. Pero cualquiera que fuera el fundamento —contractual o extracontractual— la responsabilidad del árbitro es causada, de acuerdo con los tribunales franceses, por una violación a sus obligaciones. Resulta necesario definir el daño causado por la violación del árbitro. Si el laudo del árbitro es anulado por una violación que le es adjudicable, el daño directo serían los gastos en los cuales incurrieron las partes. Estos gastos serían indemnizables.²⁰⁵

Se excluye la demanda por la falta de oportunidad para obtener ganancias. Al principio, los tribunales fueron cautelosos y restrictivos en aplicar la responsabilidad al árbitro. En el caso Bompard, el TGI estableció que la responsabilidad civil del árbitro sólo es admisible en caso de fraude, dolo o una falta grave.²⁰⁶ La Cour d'appel requiere una falta personal del árbitro para suponer una responsabilidad. Esta falta es vista de forma estricta, dado que requiere de una situación igual a la del juez estatal en la que es responsable personalmente en materia civil, es decir, una violación de su función jurisdiccional. Por ende, en el derecho francés, cualquier falta intencional, actuar doloso o fraudulento implica la responsabilidad del árbitro. El árbitro no requiere ser más protegido que el juez. En el caso Duval, la Cour d'appel anuló el laudo con base en artículo 1502-2 del Nuevo Código de Procedimientos Civiles (NCPC), ya que uno de los árbitros había sido contratado por la parte opuesta el día después de la emisión del laudo. La empresa Duval alegó que lo anterior probaba que tuvo que haber un contacto previo entre la parte y el árbitro para negociar la contratación, y abrió una duda razonable sobre la imparcialidad del árbitro. Éste se defendió argumentando que sólo podía ser hecho responsable en caso de una falta grave con base en el artículo 505 del antiguo Código de Procedimientos Civiles. La Cour d'appel sostuvo en su decisión que el nexo contractual que une al árbitro con las partes justifica que su responsabilidad sea apreciada dentro de las condiciones del derecho común, es decir, en este caso con base en el artículo 1142 del Código Civil francés. Dado que el árbitro no está investi-

²⁰³ Article 781, COJ.

²⁰⁴ CA Paris, 12 oct. 1995, V c/ Sociéte Raoul Duval, *Rev. Arb.*, núm. 1, 1999, p. 324; TGI Paris, 12 mai 1993, *Rev. Arb.*, 1996, p. 411.

²⁰⁵ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 80.

²⁰⁶ 13 juin 1990, *Gaz Pal.*, 1990, II, som., p. 417.

do de función pública, no aplica el principio de que el Estado garantiza sus faltas personales de acuerdo con el artículo L 781-1 del Código de Organización Judicial (Code de l'organisation judiciaire) o del artículo 505 del antiguo Código de Procedimientos Civiles. Los principios establecidos en dichos artículos sólo aplican a funcionarios públicos. El árbitro, argumenta la Cour d'appel, no puede sustraerse de los principios de responsabilidad del derecho común y alegar de forma análoga a las disposiciones antes mencionadas la ausencia de una falta grave. La Cour d'appel concluye que por ende la responsabilidad del árbitro puede causarse por cualquier falta a sus obligaciones positivas. Para comprometer la responsabilidad personal no se requiere de una base contractual. La simple violación de la ley, la simple falta es suficiente para que el árbitro incurra en responsabilidad por el daño causado con base en el artículo 1382 del Código Civil. Otro tema es si la simple negligencia es suficiente para que el árbitro incurra en responsabilidad. En algunos países se asimila la falta grave al dolo.²⁰⁷ Aunque esta asimilación es comprensible para evitar las limitaciones a la responsabilidad del árbitro, no es recomendable, porque se trata de limitar la protección del árbitro como juez. Más bien la responsabilidad del árbitro se determina en la violación de la obligación esencial del contrato de arbitraje.

Dentro del marco jurídico francés el juez sólo es responsable por violaciones graves a la función jurisdiccional. Por ende, la protección del árbitro —similar a la del juez— se basa en la función jurisdiccional, en específico en el acto de juzgar. La protección del árbitro se debe limitar a su función jurisdiccional y al *mal jugé* o al error jurídico. Según Sorrente, el árbitro sólo deberá ser protegido en caso de un error jurídico, fundamento de la justificación de la protección del árbitro.

De otra forma, el juez estatal debería revisar el fondo del laudo para discernir si el árbitro incurrió en responsabilidad, lo que debe evitarse. Se protege al árbitro de una responsabilidad de un error jurídico y de la revisión a fondo del laudo.²⁰⁸

D. España

En España se ha discutido sobre la responsabilidad contractual o extracontractual del árbitro. Pelayo Jiménez argumenta que la equiparación del árbitro a la función del juez o, como lo establece el Tribunal

²⁰⁷ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 82.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 93.

Constitucional,²⁰⁹ “equivalente jurisdiccional”, permite que se aplique al árbitro el mismo esquema de responsabilidad que el que aplica a jueces y magistrados. De acuerdo con esta corriente doctrinal, la responsabilidad del árbitro se consideraría una responsabilidad extracontractual.²¹⁰ Al respecto, se ha argumentado que dado que la base de la relación entre las partes y el árbitro es claramente un contrato, la responsabilidad del árbitro emana de esa relación contractual. De acuerdo con el Tribunal Superior español:

La jurisdicción arbitral se basa en un contrato de derecho privado, y va dirigida a la liquidación de una relación jurídica controvertida, de modo que la voluntad de las partes... es la única causa originadora del arbitraje;... concertado el contrato... y aceptado por los árbitros el encargo que se les hace, aquellos pueden imponer su parecer a las partes y el laudo es obligatorio para ellas porque quisieron previamente que les obligara.²¹¹

El Tribunal Superior del Perú establece que el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber: *a*) conflicto entre las partes, *b*) interés social en la composición del conflicto, *c*) intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial, y *d*) aplicación de la ley o integración del derecho.²¹²

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, del 4 de octubre; sentencia del Tribunal Constitucional 15/1987. Véase SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9o.; 62/1991, fundamento jurídico 5o.; 288/1993, fundamento jurídico 3o.; 174/1995; 1996/75; 1996/146; 1996/176; 1997/196.

²¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Sevilla, 30.4.2010, JuR 2010\231706, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2011 (1), pp. 262-265; Merino Merchán, José Fernando, *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, pp. 155-219, citados en Gómez Jene, Miguel, *op. cit.*, pp. 335-339.

²¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) del 3 de marzo de 1989 [RJ 1989, 9882], citado en Gómez Jene, Miguel, *op. cit.*, pp. 335-339.

²¹² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el exp. 0023-2003-AI/TC. *Caso Jurisdicción Militar* (fundamento 13).

CAPÍTULO SEXTO

RESPONSABILIDAD DEL JUEZ MEXICANO COMO POSIBLE PARÁMETRO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO

Como se ha mencionado, tanto la función del árbitro como su responsabilidad se comparan con la del juez. Dada estas obvias similitudes,²¹³ es conveniente, para la determinación de la responsabilidad del primero, analizar el régimen de responsabilidad del segundo para discernir si se pudiera usar como modelo para la responsabilidad del árbitro. El marco de responsabilidad del juez podría entonces adaptarse al árbitro. Este método se ha aplicado en otras jurisdicciones basándose en el sistema de responsabilidad del juez estatal para discernir la responsabilidad del árbitro, con objeto de aplicar la protección que recibe en su función el juez estatal al árbitro.

Como hemos aclarado arriba, el árbitro requiere de cierta protección para ejercer su encargo. Pero no puede quedar fuera de la ley e impune. Tomando en cuenta su situación sui generis, que es en parte contractual y en parte funcional, el árbitro tampoco puede considerarse una simple parte contractual sujeta ilimitadamente al régimen de responsabilidad establecido en las leyes civiles contractuales. La misma incertidumbre existe con el juez estatal. El ministro Valls Hernández establece que

La independencia de los jueces es un valor elevado a dogma en el Estado democrático de derecho como precondition para el descargo de la función jurisdiccional... Todo juez debe responder ante el pueblo por su actuación sea porque falta a su deber por dejarse tentar por la corrupción, o porque simplemente es un juez incompetente, incapaz de entender que al dejar en libertad a una persona que ha delinquido está conculcando el derecho de acceso a la justicia de la víctima, de su familia y de la sociedad en su conjunto.²¹⁴

²¹³ En lo siguiente, cuando se mencione al juez, se entenderá que incluya a jueces locales y federales, así como a los magistrados y ministros, salvo que se estipule algo diferente.

²¹⁴ Valls Hernández, Sergio A., *Las Leyes de Reforma. Su actualidad, La responsabilidad de los jueces (tercera parte)*, Ciudad de México, Organización Editorial Mexicana, 2011, p. 5, disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/Documents/Discursos%20de%20Ministros/MinistroVallsHernandez/18MAY11.pdf>.

Además, opina que los jueces gozan de inmunidad procesal penal e irresponsabilidad penal y civil. Sin embargo, en un texto similar que forma parte de una serie de textos sobre las Leyes de Reforma, esta vez presentado como artículo en la misma página web de la SCJN, justo este párrafo fue eliminado. Quizá esta parte del texto no resistió el escrutinio posterior. Además, destaca que las responsabilidades de tipo penal, civil y disciplinario son propias y exclusivas para los jueces de más alto rango en el Poder Judicial de la Federación.

En mi opinión, ni la Constitución ni los tratados internacionales ni las leyes y reglamentos federales y locales anteriormente citados establecen dicha inmunidad procesal penal e irresponsabilidad jurídica. Más aún, esto se ve contradicho por la simple regulación de la responsabilidad civil de los jueces en el Código de Procedimientos Civiles del D. F., así como en la decisión de la SCJN sobre demandas por responsabilidad civil basadas en hechos originados antes de la reforma de 2002, competencia del juez de lo civil. Este comentario se vio quizá inspirado en que, mediante las reformas, la responsabilidad civil del juez se vio reemplazada por la responsabilidad patrimonial del Estado. Pero sigue abierta la responsabilidad penal personal del juez y del servidor público, aunque con limitaciones y barreras.

La investigación del tema revela que en México el régimen legal que regula la responsabilidad del juez estatal no es muy extensa.²¹⁵ Asimismo, existe escasa doctrina y jurisprudencia sobre la responsabilidad del juzgador. A diferencia de la responsabilidad civil, la responsabilidad penal, administrativa y política encuentran una mayor regulación en la Constitución, en las leyes y en la doctrina, probablemente, dado que el juez, como órgano del Estado, sólo aplica de forma mecánica las leyes. El tema casi no ha surgido en el ejercicio diario, y al parecer es de poco interés para la judicatura. Los juzgadores no se ven confrontados frecuentemente con demandas de particulares por responsabilidad. En la práctica, el Estado más bien aplica, con base en denuncias, las sanciones administrativas y penales correspondientes, sin que se presenten demandas ante tribunales en contra de los jueces.

Se pueden distinguir cinco responsabilidades de los servidores públicos que encuentran su fundamento en el título cuarto “De las responsabilidades

²¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “La responsabilidad de los jueces en el ordenamiento mexicano”, *Comunicaciones mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, pp. 59, 60 y 197, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/414/4.pdf>; Nava Rodríguez, María Angélica, “La responsabilidad del Estado en la función judicial-State Responsibility In The Judicial Role”, *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno Departamento de Derecho, núm. 1 (1), pp. 143-160.

de los servidores públicos y patrimonial del Estado” (artículos 108 a 114) de la Constitución: penal, civil, administrativa, política y laboral. El Estado tiene el derecho de resarcirse del servidor público por la indemnización (civil) que debió pagar. Estas responsabilidades encuentran su fundamento en la Constitución, pero son reguladas detalladamente en leyes secundarias. Las responsabilidades penales y civiles se encuentran estipuladas en los códigos correspondientes. La responsabilidad política está regulada en la Constitución y en el título segundo de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. La responsabilidad administrativa encuentra su regulación en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y la responsabilidad laboral, en la Ley Federal del Trabajo. Según Valls Hernández, uno de los poderes más formidables del Estado es la potestad de privar a una persona de su libertad, y la delegación de tan formidable poder del pueblo hacia el juzgador debe ir acompañada necesariamente de una serie de garantías para su recto uso. El juez también puede causar gran injusticia a la víctima de un delito, a su familia y a la sociedad en su conjunto si le concede contrariamente a la ley la libertad al delincuente. Por ello, el Estado democrático conoce el concepto de rendición de cuentas de los jueces en tanto éstos ejercen el poder delegado por el pueblo de juzgar, y complementariamente como si se tratara de la otra cara de una moneda, la noción de la responsabilidad política y jurídica como asunción de consecuencias de los jueces por faltar a sus deberes.²¹⁶

Aclara Valls Hernández que el vocablo “responsabilidad”, en términos constitucionales, se asocia a la idea de asunción de consecuencias por las acciones u omisiones en el ejercicio del poder público, es decir, al impartir justicia. Respecto a la responsabilidad de los jueces, vale la pena destacar que se conocen dos tipos, *in iudicando* e *in procedendo*.²¹⁷

En México no existe legislación especial que regule la responsabilidad de los jueces, salvo una excepción en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y en los códigos estatales que le siguen. Más bien el legislador ha tratado de establecer en la Constitución y en las leyes reglamentarias un marco de responsabilidades para todos los servidores públicos.

²¹⁶ Valls Hernández, Sergio A., “Las responsabilidades de los jueces”, conferencia magistral dictada durante la ceremonia de inauguración del Congreso Nacional sobre el Consejo de la Judicatura Federal e Independencia, organizado por la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, 18 de mayo de 2011, Cholula, Puebla, 2011, p. 2, disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/Documents/Disursos%20de%20Ministros/MinistroVallsHernandez/18MAY11.pdf>.

²¹⁷ Tawil, Guido Santiago, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 53.

En un estudio de derecho comparado sobre la forma en que se exige responsabilidad a los jueces por sus actos, el destacado jurista italiano Mauro Cappelletti señalaba la diferencia entre el proceso de juicio político y el procedimiento judicial y disciplinario. Cappelletti valoró concretamente el *impeachment* estadounidense, que ha servido de inspiración al juicio político mexicano. Los juicios políticos, como la *Richteranklage*²¹⁸ en Alemania, explica Cappelletti, son infrecuentes, porque pueden minar seriamente la independencia del Poder Judicial como cuerpo. Pero no por infrecuentes —advierte— dejan de tener un enorme efecto admonitorio sobre la conducta de los jueces que presencian la forma en que uno de sus pares es retirado con deshonor del servicio público por incumplir su deber. Habitualmente la corrupción o negligencia inexcusable de los jueces se exige por la vía de la responsabilidad jurídica.

Un punto importante por resaltar del sistema mexicano es que la responsabilidad del servidor público descansa en un principio de autonomía. Es decir, para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias, de modo que un servidor público puede ser sujeto de varias responsabilidades, y, por lo mismo, es susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones.²¹⁹

El título cuarto de la Constitución, “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”,²²⁰ en su artículo 108, define a los servidores públicos como:

...los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial Federal y del Poder Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión, en la Asamblea Legislativa

²¹⁸ Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, La Plata, Jus, 1988, pp. 48 y 49.

²¹⁹ RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PÚBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TÍTULO CUARTO CONSTITUCIONAL. Amparo en revisión 237/94, 23 de octubre de 1995. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, abril de 1996, tesis: P. LX/96, p. 128; SERVIDORES PÚBLICOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN LA INFRACCIÓN A LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN SU ACTUACIÓN PUEDE DAR LUGAR A DISTINTOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD DERIVADOS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL. Tesis Aislada, 2a. LXVII/2008, *Semanario de la Suprema Corte de Justicia y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, XXVII, mayo de 2008, p. 235; SERVIDOR PÚBLICO, LA RESPONSABILIDAD DEL, TIENE DIVERSOS ÁMBITOS LEGALES DE APLICACIÓN (ADMINISTRATIVA, LABORAL, POLÍTICA, PENAL, CIVIL). Tesis IV.1°.A.T.16 A, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Cuarto Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, p. 799.

²²⁰ Denominación del título reformada, *DOF* del 28 de diciembre de 1982, 14 de junio de 2002.

del Distrito Federal o en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Se excluye expresamente al presidente de la República, quien durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común. Pero los gobernadores de los estados, los diputados a las legislaturas locales, los magistrados de los tribunales superiores de justicia locales y los miembros de los consejos de las judicaturas locales son responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.²²¹ La Constitución establece que las Constituciones de los estados deben definir el carácter de los servidores públicos estatales y municipales. La SCJN menciona al respecto que para efectos de las responsabilidades por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus funciones, se consideran servidores públicos, entre otros, a los funcionarios, empleados, y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal, concepto que evidentemente abarca a todos los funcionarios a los que puede instaurarse juicio político, independientemente de su jerarquía, y del empleo, cargo o comisión que ocupen o hubieran ocupado.²²²

De lo anterior se desprende que los jueces federales y estatales son servidores públicos, porque desempeñan un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Poder Judicial, y que, por ende, se les aplican las estipulaciones constitucionales del título cuarto.

Respecto a la responsabilidad del juez, no interesa en este análisis la responsabilidad política,²²³ sino la que aplica por su función. Los árbitros no ejercen un encargo público con responsabilidad política a nombre del esta-

²²¹ Párrafo reformado, *DOF* del 31 de diciembre de 1994. Fe de erratas, *DOF* del 3 de enero de 1995.

²²² Tesis: 2a. LXXXIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 166791, 24 de 376, Segunda Sala, t. XXX, julio de 2009, p. 470, Tesis Aislada (Administrativa) [TA]; SERVIDORES PÚBLICOS REFERIDOS EN EL ARTÍCULO 110 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. PUEDEN SER SANCIONADOS A TRAVÉS DE LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDOS EN EL TÍTULO IV DE LA LEY SUPREMA.

²²³ Para mayor detalle, véase Gamboa Montejano, Claudia y Valdés Robledo, Sandra, "Responsabilidad de los servidores públicos. Estudio teórico doctrinal. Antecedentes, derecho comparado, e iniciativas presentadas en el tema en esta LX Legislatura", México, Subdirección de Política Interior, SPI-ISS-07-07, abril de 2007, Centro de Documentación,

do. Asimismo, no se analizará la responsabilidad laboral del juez, porque el árbitro no es un trabajador en el sentido del artículo 8o. de la Ley Federal del Trabajo, y no existe una relación laboral entre el árbitro y las partes en el sentido del artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo. Por ende, interesa más la responsabilidad civil y administrativa que pudiera tener el juez de acuerdo con las leyes mexicanas. Así, en lo sucesivo revisaremos (i) el régimen de responsabilidades civil y administrativo del servidor público mexicano para después (ii) analizar la aplicación de ese régimen a los árbitros.

I. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL SERVIDOR PÚBLICO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Dada la similitud entre la figura del árbitro y del juez, se analizará en lo siguiente si los principios de responsabilidad civil, administrativa y penal del juez en lo particular y del administrador público en lo general pudieran aplicarse de forma análoga al árbitro. De ser así, la responsabilidad del árbitro encontraría una regulación aplicable en el derecho mexicano. De no poder aplicarse esta regulación al árbitro, seguiríamos con el análisis la aplicabilidad de otras regulaciones y principios existentes.

La responsabilidad civil es la obligación que puede corresponder a una persona para reparar el daño cometido a otra por sus hechos o los hechos de personas o cosas que dependen de ella.²²⁴ La responsabilidad civil del servidor público, es decir, del juez, se traduce en la obligación de reparar el daño por parte de su causante frente a la persona concretamente perjudicada.²²⁵ Los elementos generales de la responsabilidad civil son la comisión de

Información y Análisis, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2007, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-07-07.pdf>.

²²⁴ Savatier, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, deuxième édition, t. I, Paris, 1951, p. 1; citado en Márquez Gómez, Daniel, *Función jurídica de control de la administración pública*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, p. 302.

²²⁵ Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, “El sistema de responsabilidad de los servidores públicos y la supletoriedad procesal, diferenciar es conveniente”, participación de la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en la inauguración del ciclo de conferencias organizado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo con motivo de la publicación de la nueva Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en el Auditorio de la misma Secretaría, el 21 de mayo de 2002, México, 2002, disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20SISTEMA%20DE%20RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20SERVIDORES%20PUBLICOS.pdf>.

un daño, la culpa y la relación causal entre el hecho y el daño.²²⁶ El derecho mexicano no incluye como elemento adicional la imputabilidad o el elemento correctivo de la finalidad de protección de la norma²²⁷ como lo hace el derecho alemán. Si no existe un daño, incluyendo el perjuicio, es decir, la privación de una ganancia lícita, no existe responsabilidad civil.²²⁸ Un servidor público, y por ende un juez, incurre en responsabilidad civil al producir un daño o perjuicio en el ejercicio de sus funciones. La responsabilidad civil se refiere a la obligación personal del juez de componer el daño y perjuicio provocado a las partes de un juicio o a terceros por su actuación.²²⁹

Antes de las reformas constitucionales de 2002, en las que se implementó un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado federal por sus servidores públicos, la SCJN estableció que se aplicaba el artículo 1910²³⁰ del Código Civil Federal sin que los servidores actuaran con la intención de dañar. Es decir, era suficiente para causar la responsabilidad civil, que el servidor público hubiera causado un daño ilícito, no amparado por la Constitución o las leyes. Por ende, la responsabilidad establecida en el artículo 1910 del Código Civil Federal es objetiva.²³¹ La responsabilidad del Estado era subsidiaria a la del servidor público, por lo que en primer lugar era necesario demandar personalmente al juez, para luego, una vez establecido el acto ilícito, el daño, su cuantía, la causalidad y la insolvencia del juez, demandar al Estado el resarcimiento del daño.²³²

El 14 de junio de 2002 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por virtud del cual se adicionó un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que entró en vigor el 1o. de enero de 2004. En la exposición de motivos de la reforma

²²⁶ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil III. Teoría general de las obligaciones*, 21a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 298.

²²⁷ Lange, Hermann y Schiemann, Gottfried, *Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts*, 3a. ed., Tübingen, 2003, pp. 101 y ss.

²²⁸ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 298.

²²⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *La responsabilidad...*, *cit.*, pp. 59, 60 y 197.

²³⁰ Artículo 1910 del Código Civil federal: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

²³¹ Tesis: 240383, 2 de 17, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tercera Sala, vol. 175-180, Cuarta Parte, p. 141, Tesis Aislada (Civil) [TA]; Amparo directo 7078/82, RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PROVENIENTE DE ACTOS ILÍCITOS. LA FALTA DE INTENCIÓN DE CAUSAR DAÑOS NO DEMUESTRA LA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LOS CAUSADOS.

²³² Tesis: 339937, 5 de 17, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tercera Sala, t. CXXXV, p. 1211, Tesis Aislada (Civil), Amparo civil directo 2893/53.

constitucional se hace alusión a que es obsoleto el régimen de responsabilidad subsidiaria del Estado —prevista en el antiguo artículo 1928 del Código Civil Federal— respecto de los daños causados por sus funcionarios, y que por ello era necesario que dicha responsabilidad ahora fuera objetiva y directa contra el Estado. Además, el artículo 94, párrafo quinto, de la Constitución, establece que la competencia de la Suprema Corte, su funcionamiento en Pleno y Salas, la competencia de los tribunales de circuito, de los juzgados de distrito y del Tribunal Electoral, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases que la Constitución establece. Por tanto, el régimen civil sobre responsabilidad subsidiaria previsto en los códigos civiles Federal y para el Distrito Federal, en virtud de esa reforma, quedó materialmente abrogado. En cambio, el régimen creado en la reforma constitucional sobre responsabilidad objetiva y directa prevaleció desde entonces, y sólo faltaba que se legislaran las leyes federales y locales anunciadas en la adición a la carta magna en torno a la competencia de las autoridades administrativas que conocieran de la acción correspondiente y las formalidades del procedimiento administrativo.

El 31 de diciembre de 2004 se publicó el decreto que creó la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que derogó el artículo 1927 del Código Civil Federal, reforma que entró en vigor el 1.º de enero de 2005. Por otro lado, el 21 de octubre de 2008, en cumplimiento a la reforma constitucional, se expidió la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, decreto en el que también fue modificado el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, para establecer la responsabilidad objetiva y directa del Estado por los daños causados por sus empleados y servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. En las referidas leyes secundarias de responsabilidad patrimonial del Estado y del Distrito Federal, el legislador implementó las formalidades del procedimiento en materia administrativa, y desde su entrada en vigor el gobernado quedó en aptitud de hacer valer el nuevo derecho sustantivo a obtener la responsabilidad patrimonial del Estado, ya sea a cargo de la Federación o del Distrito Federal.²³³

²³³ Tesis: I.5o.C.7 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, 2002490, 5 de 375, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, libro XVI, enero de 2013, p. 2027, Tesis Aislada (Civil) [TA]; DAÑO MORAL. SI LOS HECHOS EN QUE SE APOYA LA DEMANDA OCURRIERON ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL DISTRITO FEDERAL, LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL ASUNTO CORRESPONDE A UN JUEZ DE LO CIVIL. Quinto Tribunal Colegiado En Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 748/2011, 10 de febrero de 2012, unanimidad de votos, ponente: Fernando Rangel Ramírez, secretario: Martín Sánchez y Romero.

El artículo 1927 del Código Civil del Distrito Federal establece ahora la responsabilidad objetiva y directa, en el contexto de la responsabilidad patrimonial del Estado “en la prestación de los servicios públicos, entre los cuales destaca por su repercusión en la paz social, el ejercicio de la función jurisdiccional”.²³⁴ Pero si los hechos en que se apoya una demanda por daños causados por un servidor público ocurrieron antes de la entrada en vigor de la Ley de Responsabilidad Patrimonial local, la competencia para conocer del asunto corresponde a un juez de lo civil.²³⁵

En relación con esta modificación, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito estableció que el régimen de responsabilidad patrimonial en el Distrito Federal es, a la luz del artículo 113 constitucional, y aplicando el principio de jerarquía, de carácter objetivo y directo.²³⁶

Asimismo, establece el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que de acuerdo con el sistema de responsabilidad extracontractual que está regulado en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, este sistema de responsabilidad revela una tendencia simplificadora para el particular que ha resentido un daño en su esfera de derechos atribuible al Estado, que actúa a través de servidores públicos, a fin de que solamente entable su reclamación contra aquél, sin perjuicio de señalar a los segundos que tengan intervención en la actividad administrativa irregular, aunque no como codemandados, dado que los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad patrimonial son los entes públicos federales.²³⁷

Salvo en los artículos 728 a 737 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF), aplicable sólo a los jueces en el D. F., y en los ordenamientos estatales que le siguen, no se encuentran disposiciones legales en México que regulen explícitamente la responsabilidad civil (y penal) de los jueces a nivel local.²³⁸ De acuerdo con estas disposiciones, los jueces y magistrados pueden incurrir en responsabilidad civil cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inex-

²³⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *La responsabilidad...*, cit., pp. 59, 60 y 197.

²³⁵ Tesis: I.5o.C.7 C (10a.), *op. cit.*, libro XVI, enero de 2013, t. 3, p. 2027.

²³⁶ Tesis Aislada, I.4o.C.144 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tribunales colegiados de circuito, XXVIII, septiembre 2008, p. 1363.

²³⁷ Tesis Aislada, I.3o.C.548 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tribunales colegiados de circuito, XXIII, mayo 2006, p. 1865. Responsabilidad civil de los servidores públicos y del Estado. Debe ejercerse en contra de ambos la demanda respectiva (legislación del Distrito Federal). Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

²³⁸ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Síntesis del derecho procesal (civil, mercantil y penal)*, en *Derecho procesal mexicano*, vol. II, 1977, pp. 349-357, citado en Fix-Zamudio, Héctor, *La responsabilidad...*, cit., pp. 59, 61 y 197.

cusables.²³⁹ Solamente la parte perjudicada podrá exigir mediante juicio ordinario el resarcimiento del daño,²⁴⁰ y ante el inmediato superior del juez o magistrado que hubiera incurrido en la responsabilidad.²⁴¹ Sin embargo, el código impone una serie de requisitos y restricciones que hacen improbable que una parte perjudicada de un juicio opte por esta vía. En este sentido, no podrá promoverse la demanda de responsabilidad civil sino hasta que quede determinado por sentencia o auto firme el pleito o causa en que se suponga causado el agravio.²⁴² Así, el agraviado deberá esperar, quizá años, hasta que pueda demandar al juez que le causó un daño, y luego otro tiempo más hasta que se defina mediante sentencia en juicio ordinario sobre su demanda contra el juez. Finalmente, persiste el problema de la ejecución en el patrimonio privado del juez, que quizá es inexistente o insuficiente.²⁴³ Deberá igualmente sufrir el agravio y las consecuencias económicas hasta que exista una sentencia o auto firme. Lo anterior es inaceptable. El legislador local debería modificar las disposiciones para mejorar el sistema de responsabilidad civil directa y personal del juez en el D. F. Las salas del Tribunal Superior del D. F. son las únicas que conocerán las demandas de responsabilidad civil presentadas contra los jueces, y no habrá recurso contra estas sentencias.²⁴⁴ La demanda de responsabilidad prescribe después de un año contado a partir de la sentencia o auto firme.²⁴⁵ Para agravar la situación, el Código de Procedimientos Civiles del D. F. requiere que el ofendido haya utilizado en tiempo y forma los recursos legales ordinarios contra la sentencia, auto o resolución en que se suponga causado el agravio.²⁴⁶

En caso de que la sentencia absuelva al juez, el agraviado deberá cargar con las costas.²⁴⁷ Pero en todo caso este procedimiento no alterará la sentencia firme que haya recaído en el pleito en que se hubiera ocasionado el agra-

²³⁹ Artículo 728.

²⁴⁰ Fix-Zamudio aclara correctamente que no se trata de un recurso, como lo llama erróneamente el Código, sino de un juicio ordinario con todas sus consecuencias procesales; Fix-Zamudio, Héctor, *La responsabilidad...*, cit., pp. 59, 62 y 197.

²⁴¹ Artículo 728.

²⁴² Artículo 729.

²⁴³ Fix-Zamudio, Héctor, *La responsabilidad...*, cit., pp. 59, 62 y 197.

²⁴⁴ Artículo 731.

²⁴⁵ Artículo 733.

²⁴⁶ Artículo 734.

²⁴⁷ Artículo 736.

vio.²⁴⁸ A nivel federal no existe regulación similar. Para los jueces federales únicamente existen disposiciones administrativas y penales.²⁴⁹

Desde 2002, la responsabilidad patrimonial del Estado sustituye a la responsabilidad personal del servidor público y del juez. La intención es proteger al juez contra acciones malintencionadas de las partes involucradas y el planteamiento de cierto nivel de tranquilidad para la impartición de justicia. Al mismo tiempo, se proporciona a la víctima de agravios judiciales la seguridad de que el Estado compensará los daños. Así, la víctima no tendrá que depender de la solvencia económica del juez en el caso particular.²⁵⁰ Según Cappelletti, en muchos países existe además la posibilidad de, una vez compensado el daño a la víctima, demandar del funcionario que causó el daño el reembolso de la indemnización.²⁵¹ En su análisis publicado antes de la reforma constitucional de principios de los ochenta, que incluyó cierto régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos, Fix-Zamudio establece que no existía una regulación expresa de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ordenamiento mexicano,²⁵² y veía el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado en el antiguo artículo 1928 del Código Civil del Distrito Federal, que establecía la responsabilidad subsidiaria del Estado por los daños causados por sus funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones.²⁵³

En la reforma de junio de 2002, se estableció en el artículo 113, segundo párrafo, de la Constitución, que la “responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de la actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.²⁵⁴ La SCJN define la responsabilidad del Estado en México como una institución prevista para indemnizar a los particulares cuando aquél actúa administrativamente de forma irregular, con la limitante de que el derecho a obtener la indemnización debe surgir

²⁴⁸ Artículo 737.

²⁴⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *La responsabilidad...*, cit., pp. 59, 62 y 197.

²⁵⁰ Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, vol. I, Bogotá, Temis, 1986, p. 81.

²⁵¹ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p.127.

²⁵² Fix-Zamudio, Héctor, *La responsabilidad...*, cit., pp. 59, 60 y 197.

²⁵³ *Idem*; Valls Hernández, Sergio A., *Las responsabilidades...*, cit., p. 1.

²⁵⁴ Castro Estrada, Álvaro, “La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo”, en Damsky, Isaac Augusto (h); López Olvera, Miguel Alejandro y Rodríguez Rodríguez, Libardo (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 547.

a partir de una actuación pública del Estado, o bien en sus relaciones de derecho público.²⁵⁵

A nivel federal, el 31 de diciembre de 2004 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, que reglamenta el segundo párrafo del artículo 113 constitucional, la cual entró en vigor el 1o. de enero de 2005. Esa ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. Se entenderá por actividad administrativa irregular aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate. Según el artículo 2o., son sujetos los entes públicos federales. Estos son los poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la administración pública federal, la Procuraduría General de la República, los tribunales federales administrativos y cualquier otra unidad pública de carácter federal. La ley hace especial referencia al cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto al pago de indemnizaciones. Según el artículo 4o., los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población. Resulta importante mencionar que de acuerdo con el artículo 22 el reclamante que considere lesionado su patrimonio deberá probar la responsabilidad del Estado. Al Estado corresponderá probar la participación de terceros o del propio reclamante en la producción de los daños y perjuicios irrogados al mismo; que los daños no son consecuencia de actividad administrativa irregular del Estado; que los daños derivan de hechos o circunstancias imprevisibles o inevitables según los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de

²⁵⁵ Tesis: 2a./J. 143/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, p. 1142, XXXIII, enero de 2011, 163017.

su acaecimiento, o bien la existencia de la fuerza mayor que lo exonera de responsabilidad patrimonial.²⁵⁶

La reclamación de daños prescribirá, de acuerdo con el artículo 25, después de un año, plazo que se computará a partir del día siguiente a aquel en que se hubiera producido la lesión patrimonial, o a partir del momento en que hubieran cesado sus efectos lesivos, si fueran de carácter continuo. Cuando existan daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo de prescripción será de dos años.

La Ley permite al Estado, en su artículo 31, repetir contra los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. Finalmente, el artículo 32 establece que el Estado podrá instruir igual procedimiento a los servidores públicos cuando le hayan ocasionado daños y perjuicios en sus bienes y derechos derivados de faltas o infracciones administrativas graves.

Resulta importante señalar la falta de requisitos subjetivos, como culpa, dolo o negligencia para encausar la responsabilidad del Estado. Basta con la simple realización del hecho dañoso por el servidor público imputable al Estado. La Suprema Corte de Justicia de la Nación confirma la característica directa y objetiva de la responsabilidad. La diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva radica en que mientras ésta implica negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño, aquélla se apoya en la teoría del riesgo, donde hay ausencia de intencionalidad dolosa. Cuando el artículo 113 constitucional alude a que la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado surge si éste causa un daño al particular “con motivo de su actividad administrativa irregular”, abandona toda intención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.²⁵⁷

²⁵⁶ Tesis Aislada, I.3o.C.604 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tribunales colegiados de circuito, XXV, marzo de 2007, p. 1777. RESPONSABILIDAD CIVIL. FORMA DE DETERMINAR LA DE LOS ENCARGADOS DEL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD DERIVADA DE LA EXPEDICIÓN DE UN CERTIFICADO DE GRAVÁMENES. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 758/2006, Enriqueta Solórzano Robles, 11 de enero de 2007, Unanimidad de votos, ponente: Neófito López Ramos, secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

²⁵⁷ Tesis de jurisprudencia P./J. 43/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 719, t. XXVII, junio de 2008.

La responsabilidad es directa, porque el particular podrá demandar directamente al Estado sin necesidad de demandar primero al servidor público que causó el daño sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de su actuación, y sin tener que demandar previamente a dicho servidor. La responsabilidad objetiva es aquella en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por una actividad irregular del Estado, entendida ésta como los actos de la administración realizados de manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.²⁵⁸

La SCJN concluye que existen dos tipos de daños que pueden sufrir los particulares:

1. El ocasionado por la actividad regular del Estado, que se traduce en una responsabilidad subjetiva e indirecta, regulada por las disposiciones del derecho civil.

2. El causado por la actividad irregular del Estado, que se entiende como responsabilidad objetiva y directa.

De acuerdo con la SCJN, cuando el artículo 113 de la Constitución federal alude a que la responsabilidad patrimonial del Estado surge si éste causa un daño al particular “con motivo de su actividad administrativa irregular”, se está refiriendo al segundo caso, y se centra en aquellos actos del Estado realizados sin atender a las condiciones normativas o parámetros creados por la propia administración.

El objeto de la responsabilidad patrimonial del Estado es reparar los daños producidos e indemnizar al agraviado que ha resentido en sus bienes o derechos los daños derivados de la actividad administrativa. Se le compensa económicamente restaurando la integridad del patrimonio afectado y el agraviado no tenga obligación jurídica de soportarlos. La SCJN establece que para actualizarse la responsabilidad patrimonial del Estado es necesario que se cumplan los siguientes requisito:²⁵⁹

²⁵⁸ Tesis de jurisprudencia P./J. 42/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, emitida por el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 722, t. XX-VII, junio de 2008; Márquez Gómez, Daniel, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, núm. 43, *La responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado por daños causados a los bienes y derechos de los particulares en el Distrito Federal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009, p. 35.

²⁵⁹ Sentencia del 7 de febrero de 2008, dictada en la Acción de Inconstitucionalidad 4/2004, promovida por diputados integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en contra del propio Órgano Legislativo y del Jefe de Gobierno de la entidad; México, Distrito Federal; Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de

1. La existencia de un daño tal como se define en el artículo 2108 del Código Civil Federal, es decir, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. El daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

2. Debe ser imputable a la administración pública y haberse causado por su actividad administrativa irregular.

3. Debe existir un nexo causal, es decir, la causa del daño debe ser la actividad irregular de la administración pública.

La SCJN opina que, aunque la legislación constitucional no lo prevea, los órdenes jurídicos parciales puedan incluir daños causados por la acción regular del Estado y la actuación dolosa e ilegal de sus servidores públicos.²⁶⁰ Esto, con el propósito de ampliar el ámbito protector que establece el segundo párrafo del artículo 113 constitucional. Lo anterior lo fundan en el criterio de la Suprema Corte, de que los derechos establecidos en la Constitución en favor de los particulares son mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados por el legislador ordinario en su reglamentación.²⁶¹

Mientras la inclusión de la reparación del daño en caso de actuación regular del Estado podría considerarse aceptable, porque abre el espectro de indemnización al particular, el incorporar en la reglamentación secundaria elementos subjetivos como el dolo y la culpa como requisitos para la demanda de indemnización contra el Estado sería restringir y no ampliar la norma constitucional. Al establecer un contenido sustantivo en la forma de un derecho constitucional, es claro que el segundo párrafo del artículo 113 no establece división competencial dentro de sus ámbitos posibles, y, por tanto, debe concluirse que la responsabilidad patrimonial del Estado constitucionalmente no reclama con exclusividad para sí un ámbito material propio; por ejemplo, civil o administrativo, ni tampoco un ámbito espa-

Justicia de la Nación, correspondiente al 7 de febrero de 2008; publicado el 18 de abril de 2008 en el *Diario Oficial* (primera sección), pp. 43 y 87.

²⁶⁰ Tesis 1a. LIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 167386, 26 de 376, Primera Sala, t. XXIX, abril de 2009, p. 590, Tesis Aislada (Constitucional, Administrativa) [TA]; RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTICULO 113, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ESTABLECE UN DERECHO SUSTANTIVO QUE PUEDE SER AMPLIADO POR EL LEGISLADOR ORDINARIO.

²⁶¹ Tesis aislada 2a. CXXXIX/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 446, t. XVI, noviembre de 2002, del Amparo en revisión 123/2002.

cial específico, tal como la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios.²⁶²

Fix-Zamudio opinaba, antes de la reforma constitucional de 1982 y de 2002, que instauró la responsabilidad directa y objetiva del Estado, que no debía imponérsele al ciudadano perjudicado la carga de la prueba sobre el dolo o la negligencia del juez.²⁶³ Esto representaría un requisito subjetivo cuya prueba podría resultar difícil. Con esta crítica, Fix-Zamudio estuvo en línea con el legislador. Los criterios modernos establecen responsabilidad directa y objetiva del Estado sin necesidad de daños intencionales. Lo anterior se plasmó en el actual artículo 1927, segunda frase, del Código Civil del Distrito Federal.

II. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Los principios de la responsabilidad administrativa o disciplinaria de los jueces están regulados en los artículos 108 a 114 de la Constitución en el título cuarto, titulado “De las responsabilidades de los servidores públicos”. La responsabilidad administrativa sanciona actos y omisiones de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar los servidores públicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.²⁶⁴ La SCJN estableció en jurisprudencia respecto a la reelección de magistrados, que en caso de haber demostrado que durante el desempeño de su cargo lo realizaron con honorabilidad, excelencia, honestidad y diligencia, puedan ser ratificados. Esto se traduce en una garantía que opera a favor de la sociedad, pues ésta tiene derecho a contar con magistrados capaces e idóneos que cumplan con la garantía constitucional de acceso a la justicia de los gobernados. El juzgador debió haber actuado permanentemente con diligencia, excelencia profesional y honestidad invulnerable.²⁶⁵

²⁶² Góngora Pimentel, Genaro David, “¿Qué pasa cuando un juez se equivoca?”, *La Silla Rota*, 18 de agosto de 2011, disponible en: <http://www.lasillarota.com/component/k2/item/18489-%C2%BFqu%C3%A9-pasa-cuando-un-juez-se-equivoca> (fecha de consulta: 6 de julio de 2013).

²⁶³ Fix-Zamudio, Héctor, *La responsabilidad...*, *cit.*, pp. 59, 61 y 197.

²⁶⁴ Espino Ledesma, Bertha del Rosario, “La responsabilidad del Estado y de los servidores públicos”, revista electrónica *Ex Lege* (Facultad de Derecho de la Universidad de la Salle Bajío), núm. 8 (s.f.) disponible en: http://bajio.delasalle.edu.mx/revistas/derecho/numero_%208/docentes_bertha_espino.html.

²⁶⁵ Tesis P./J. 21/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 175897, 1 de 1, pleno, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1447, Jurisprudencia (constitucional) [J].

El artículo 108 constitucional considera a los miembros del Poder Judicial Federal y del Distrito Federal, es decir, a los jueces, como servidores públicos que están sujetos a las regulaciones del título cuarto. De acuerdo con el artículo 109, la Constitución faculta al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados a emitir las leyes de responsabilidades de los servidores públicos conducentes a sancionar a quienes incurran en responsabilidad. La fracción tercera de este artículo establece que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. También regula el principio de autonomía de los procedimientos en materia de responsabilidad, y el principio *ne bis in idem*.²⁶⁶ El artículo 13 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos establece una serie de sanciones por falta administrativa, que van desde la amonestación hasta la inhabilitación. También procede la imposición de sanciones económicas cuando se produzcan beneficios o lucro, o se causen daños o perjuicios. Cuando los actos u omisiones sean graves, la prescripción no podrá ser inferior a tres años.

Esto nos lleva a determinar qué institución está a cargo de sancionar a los jueces. El artículo 94, párrafo segundo, de la Constitución, establece que la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal. Este órgano administrativo del Poder Judicial de la Federación es competente para disciplinar y responsabilizar a jueces, magistrados y demás personal jurisdiccional. El Consejo está facultado para expedir acuerdos generales para el adecuado ejercicio de sus funciones. La Suprema Corte de Justicia puede solicitar al Consejo la expedición de los acuerdos generales que considere necesarios para asegurar un adecuado ejercicio de la función jurisdiccional federal. El Pleno de la Suprema Corte también podrá revisar y revocar los acuerdos que el Consejo apruebe. Las decisiones del Consejo son definitivas e inatacables, no procede juicio ni recurso alguno contra ellas, salvo las que se refieran a la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, que podrán ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia, únicamente para verificar que hayan sido adoptadas conforme a las reglas que establezca la ley orgánica respectiva.

De acuerdo con el artículo 81, fracciones XII y XXXVI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Consejo puede resolver las

²⁶⁶ Márquez Gómez, Daniel, *El régimen..., cit.*, p. 610.

quejas administrativas y sobre la responsabilidad de los servidores públicos. Se trata de un órgano disciplinario.²⁶⁷

Los órganos facultados para aplicar la ley son, entre otros, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal y los demás órganos jurisdiccionales e instituciones que determinen las leyes.²⁶⁸ La Ley Federal de Responsabilidades Administrativas en su artículo 4o. señala que para la investigación, tramitación, sustanciación y resolución, en su caso, de los procedimientos y recursos, serán autoridades competentes los contralores internos y los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades de los órganos internos de control de las dependencias y entidades de la administración pública federal y de la Procuraduría General de la República.²⁶⁹ El artículo 7o. establece que será responsabilidad de los servidores públicos ajustarse en el desempeño de su empleo, cargo o comisiones, a las obligaciones previstas en la misma, para salvaguardar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. El artículo 8o. regula las obligaciones del servidor público, cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a sanciones. En el caso específico de los jueces y magistrados federales aplican las obligaciones establecidas en el artículo 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Según Márquez, la facultad contenida en el artículo 11, de delegar la facultad de establecer los órganos y sistemas para identificar, investigar y determinar las responsabilidades a las instituciones como la Suprema Corte, forma parte del marco de división de competencias establecido en el artículo 94, párrafos quinto y séptimo, de la Constitución.²⁷⁰ De acuerdo con el artículo 13, se podrán imponer sanciones, como la amonestación pública o privada, la suspensión del empleo, cargo o comisión por un periodo no menor de tres días y no mayor a un año, la destitución del puesto, sanciones económicas, y la inhabilitación temporal, tipificando ciertas infracciones como graves. El artículo 16 permite a las autoridades administrativas el embargo precautorio de bienes de los presuntos responsables cuando desaparezcan o exista riesgo inminente de que los oculten, enajenen o dilapiden.²⁷¹

Márquez critica que se vulnera el principio de presunción de inocencia al establecer la figura de la confesión ficta, con la que se sanciona al ser-

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 612.

²⁶⁸ Artículo 3o., fracciones II y X de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

²⁶⁹ Espino Ledesma, Bertha del Rosario, *op. cit.*

²⁷⁰ Márquez Gómez, Daniel, *El régimen...*, *cit.*, pp. 616 y 617.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 619.

vidor público que deja de comparecer sin justa causa, y se abre la puerta a la impunidad y al abuso de poder. Esta crítica resulta incorrecta, porque el mismo principio rige el derecho procesal civil, que no constituye un atropello en contra de las garantías constitucionales. La confesión ficta del artículo 322 del Código de Procedimientos Civiles del D. F. establece que el que deba absolver posiciones será declarado confeso cuando se abstenga sin justa causa de comparecer cuando fue citado para hacerlo. Este principio es normal, conocido y ampliamente aplicado en el derecho civil y administrativo procesal.

Finalmente, las decisiones tomadas de acuerdo con esta ley podrán ser impugnadas de acuerdo con los artículos 25 a 29. Los servidores públicos podrán interponer el recurso de revocación o impugnar las decisiones ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Las resoluciones que se dicten en el recurso de revocación serán impugnables ante el mismo tribunal. Casos de infracciones no graves prescribirán en tres años y graves en cinco años.²⁷²

Es importante mencionar que no es necesario para concretizar la responsabilidad administrativa que el servidor público haya obtenido un beneficio personal o causado un daño. Por un lado, este elemento no forma parte de los requisitos mencionados en el artículo 109, fracción III, constitucional. Por el otro lado de la interpretación teleológica de la norma resulta que el objeto es proteger los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia y la actuación administrativa correcta del servidor público. Si se requiriera también un daño o beneficio personal, el Estado se vería imposibilitado de sancionar conductas negativas por falta de estos elementos.

III. CONCLUSIONES

En resumen, se puede decir que la responsabilidad de los servidores públicos está regulada de forma muy diversa y tiene su fuente en los artículos 108 a 114 de la Constitución. Por ende, el servidor público podrá ser sancionado de varias formas y con consecuencias diversas.

En la parte civil, el servidor público y, por ende, el juez, está ahora protegido contra demandas personales por el esquema de responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado. Para ello, sólo se requiere que el

²⁷² Artículo 34 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

servidor público cause un daño o perjuicio al ciudadano por su actividad administrativa irregular; por esto último se entiende aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate. Desde las reformas de 2002 ya no es necesario demandar primero por la vía civil al servidor público con base en el artículo 1910 del Código Civil Federal, y luego, si éste no cuenta con la solvencia económica, demandar subsidiariamente al Estado. Ya no se requiere comprobar que los servidores hayan actuado con la intención de dañar (ilícitamente). El ciudadano perjudicado debe comprobar únicamente la actuación irregular, el daño y el nexo causal entre ambos. El Estado deberá verificar que la actuación administrativa no fue irregular, que fue el perjudicado quien causó total o parcialmente el daño o que fue causado por fuerza mayor. Pero tampoco antes de la reforma el ciudadano perjudicado tenía que probar dolo, culpa o negligencia en la actuación del servidor público al demandarlo personalmente, de acuerdo con el artículo 1910 del Código Civil del Distrito Federal. Únicamente se requería un daño, una actuación ilícita y un nexo causal entre ambos. La falta de elementos subjetivos se basa en el artículo 1910, que plasma el principio de responsabilidad delictual o extracontractual. Por ejemplo, por el simple hecho de actuar de forma ilícita se concretiza la responsabilidad por daños y perjuicios que se derivan de ese acto. La falta de intención no impide que un funcionario público sea responsable de los daños y perjuicios que ocasione en el desempeño de sus funciones cuando los mismos sean ilícitos. Los actos son ilícitos cuando no se ajustan a la Constitución y a las leyes aplicables. Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada deben ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población.

Sin embargo, sigue vigente cierta legislación especial para el caso de los jueces del Distrito Federal. Los artículos 728 a 737 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establecen que se puede demandar a los jueces por daños que ellos causaron en el desempeño de sus funciones, en caso de infringir la ley, por negligencia o ignorancia inexcusables.

Sólo la instancia de la parte perjudicada podrá exigir el resarcimiento del daño en juicio ordinario y ante el inmediato superior del juez. Resulta interesante que el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal incluya un elemento subjetivo. Además, impone una serie de prerequisites que hacen casi imposible una demanda. Por ejemplo, la demanda no podrá promoverse sino hasta que quede determinado por sentencia o auto firme el pleito o causa en que se suponga causado el agravio y que el agraviado haya

utilizado a su tiempo los recursos legales ordinarios contra la sentencia, auto o resolución. El Código advierte que la demanda debe estar acompañada de documentos certificados. Cuando la sentencia absuelve al juez, el agraviado deberá cargar las costas. Pero en todo caso este procedimiento no alterará la sentencia firme que haya recaído en el pleito que hubiera ocasionado el agravio.

Los principios de responsabilidad administrativa o disciplinaria de los jueces están regulados en los artículos 108 a 114 de la Constitución. La responsabilidad administrativa sanciona actos y omisiones de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar los servidores públicos en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Los servidores públicos deben demostrar en sus actuaciones diligencia, profesionalismo y honestidad. Las posibles sanciones administrativas pueden ser la suspensión, la destitución, e incluso la inhabilitación, así como las sanciones económicas. Éstas se fijarán de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable, así como con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones. No podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados. Según el artículo 94, párrafo segundo, de la Constitución, el Consejo de la Judicatura Federal estará a cargo de vigilar la actuación de los jueces. De acuerdo con el artículo 81, fracciones XII y XXXVI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Consejo puede resolver las quejas administrativas, así como sobre la responsabilidad de los servidores públicos. Se trata de un órgano disciplinario. El artículo 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece los deberes de los jueces, entre los cuales destacan evitar conductas que atenten contra la independencia de la función judicial, tales como aceptar o ejercer consignas, presiones, encargos o comisiones, tener una notoria ineptitud o descuido en el desempeño de las funciones o labores que deban realizar, impedir que las partes ejerzan los derechos que legalmente les correspondan, no preservar la dignidad, imparcialidad y profesionalismo, emitir opinión pública sobre un asunto de su conocimiento.

CAPÍTULO SÉPTIMO

APLICACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DEL JUEZ MEXICANO AL ÁRBITRO

El breve ejercicio anterior de vislumbrar la responsabilidad del juez en México y en otras naciones tiene como propósito esclarecer si se puede utilizar, a falta de regulación específica, como orientación para definir la responsabilidad del árbitro. Sin embargo, las bases de la responsabilidad del juez son muy distintas a las del árbitro, ya que, por un lado, el juez es un servidor público, y el árbitro no lo es. El fundamento del ejercicio de sus funciones es el nombramiento por el Estado. Se trata de un acto público. El árbitro, por otro lado, es nombrado por las partes, y la relación con ellas es principalmente contractual. La responsabilidad del juez no es directa frente al particular mientras actúe dentro de las atribuciones encomendadas. Para incurrir en responsabilidad, debe ejercer la administración de forma irregular. El juez tiene *imperii*, y el árbitro no lo tiene, por lo cual debe acudir a la ayuda del juez para ciertos actos. El árbitro no es un representante de la parte que lo ha designado ni tampoco un negociador,²⁷³ pero actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*.²⁷⁴ Por lo tanto, el ordenamiento jurídico reconoce a los árbitros una serie de derechos que les permite llevar a cabo esa potestad decisoria, pero también una serie de obligaciones y responsabilidades para salvaguardar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses, y evitar la indefensión. El Estado debe pagar el daño ocasionado por el servidor público, aunque pueda exigirle el reembolso del pago erogado al particular por el daño. El árbitro es directamente responsable frente a las partes por su actuación. Ni el Estado ni alguna otra institución interceden por él. Finalmente, las partes en un juicio no escogen al juez como lo hacen las partes en un arbitraje. Por el contrario, para mantener la independencia

²⁷³ Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, *El arbitraje...*, cit., p. 196.

²⁷⁴ SSTC 62/1991, fundamento jurídico 5o., y 288/1993, fundamento jurídico 3o., citado en Miró Gili, Màrius, “La posible intervención del árbitro y/o la institución arbitral en el procedimiento de anulación del laudo”, en Montaña, Miquel y Sellarés, Jordi (coords.), *Arbitraje. Comentarios prácticos para la empresa, coincidiendo con la reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje*, cap. 11, Madrid, 2011, p. 271.

judicial y la neutralidad de los jueces, los casos son asignados mediante un sistema objetivo sin injerencia de las partes. Por ello, se debe proceder con cautela al analizar la posible aplicación del sistema mexicano de responsabilidad judicial a la situación del árbitro en México. Para aplicar el sistema de responsabilidad de los jueces a los árbitros, será necesario analizar el esquema jurídico que lo permita. ¿Se puede aplicar de forma directa o mediante analogía? ¿Se trata de una interpretación de la voluntad tácita de las partes o más bien se aplican nada más los principios aplicables a los jueces?

El sistema mexicano de responsabilidad de los jueces se funda en materia civil en la responsabilidad objetiva y directa patrimonial del Estado. Aquella, sin requerir de elementos subjetivos como dolo o culpa. El particular no tiene que soportar los daños patrimoniales causados por actividades irregulares del Estado. Los jueces del Distrito Federal y de aquellos estados que hayan adoptado sus reglas responden personalmente por daños en materia civil si actúan con negligencia o ignorancia inexcusables. En materia administrativa existen leyes especiales, y en materia penal, por delitos especiales. Para el análisis de la aplicación de los conceptos de la responsabilidad del juez mexicano tomaremos en cuenta en primera instancia la responsabilidad civil, y posteriormente la penal y administrativa.

En México, la responsabilidad civil patrimonial es objetiva y directa contra el Estado. No me parece un esquema aplicable al árbitro porque, a falta de responsabilidad patrimonial, “verdadero escudo protector de los Jueces en el ámbito de su responsabilidad civil”,²⁷⁵ el árbitro no goza de tal protección.²⁷⁶ El árbitro compromete su patrimonio personal ante las demandas de las partes. Si se funda una responsabilidad civil objetiva sin aspectos subjetivos, es decir, por el simple hecho de causar un daño por su actuación, tendrá poca posibilidad de protegerse. Hemos explicado que, por su función de cuasijuez, el árbitro merece ser tratado mejor que cualquier parte contractual. Asimismo, se le debe proteger, en cierta medida, para que pueda ejercer su función de juzgador sin miedo a demandas (civiles) interpuestas por las partes.

Considero que la responsabilidad civil personal del juez por negligencia o ignorancia inexcusable no es aplicable al árbitro.²⁷⁷ Aun cuando el concepto de la negligencia inexcusable, es decir, la negligencia grave, podría

²⁷⁵ Díez-Picazo Giménez, Ignacio, *Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, La Ley, 1990, p. 46.

²⁷⁶ En España, las partes pueden demandar de acuerdo con el artículo 21.1 *in fine*, Ley de Arbitraje a la institución, independientemente de las actuaciones del árbitro. No es una responsabilidad cuasipatrimonial o subsidiaria, sino directa de la institución de arbitraje.

²⁷⁷ Véase en vez de muchos, Almagro Nosete, José, “La responsabilidad judicial civil (España)”, *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre de 2005, p. 470.

aplicarse al árbitro, el concepto de ignorancia inexcusable no me parece adecuado para ilustrar la responsabilidad civil.

I. AMPARO

El juicio de amparo es un medio de control de constitucionalidad que tiene por objeto proteger los derechos humanos y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales de los que México es parte, contra los actos de autoridades, si éstos violan derechos humanos y garantías constitucionales.

Al respecto, establece el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

JUICIO DE AMPARO. ES UN MEDIO PARA EL CONTROL DE LA LEGALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD.

Conforme a los artículos 1o., 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformados mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación de 10 y 6 de junio de 2011, respectivamente, el juicio de amparo es un medio de control que sirve para que los órganos competentes verifiquen el respeto que las autoridades del Estado deben a las normas generales ordinarias que regulan su actuación (control de legalidad), a la Ley Fundamental (control de constitucionalidad) y a los tratados o convenciones internacionales (control de convencionalidad). Esto es, el juicio protector de los derechos fundamentales de los gobernados, conocido como juicio de amparo, tiene como parámetro de control esos tres tipos de normas jurídicas, y su objeto (de control) son los actos de autoridad —lato sensu—. Tal medio de defensa debe tramitarse y resolverse conforme a lo que establecen los referidos artículos 103 y 107 constitucionales (y su ley reglamentaria), favoreciendo, desde luego, los principios interpretativos de los derechos humanos contenidos en el propio artículo 1o. constitucional. De esta manera, todos los órganos del Estado Mexicano, en el ámbito de sus competencias, al resolver los problemas en los que se involucren los derechos humanos, deben atender, en principio, a los que consagra la Carta Magna, como también a los contenidos en los tratados o convenciones internacionales suscritos en esa materia y, desde luego, al cumplimiento del control de legalidad que no debe apartarse de los principios precisados.²⁷⁸

²⁷⁸ Tesis Jurisprudencia I.5o.C. J/1 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 2003615, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, libro XX, mayo de 2013, t. 2, p. 1305, [J].

El juicio de amparo se encuentra regulado en los artículos 103 y 107 de la Constitución federal y la Ley de Amparo. El juicio de amparo está fundado en el principio de limitación del poder de las autoridades por la misma Constitución), que garantiza los derechos fundamentales (artículo 7o. de la citada Constitución). De acuerdo con el artículo 1o. de la Ley de Amparo, su objeto es resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales; por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados, y por leyes o actos de autoridad que invadan la esfera de la autoridad federal.

De acuerdo con Fix-Zamudio, el amparo es la institución jurídica más importante del derecho procesal mexicano.²⁷⁹

La Ley de Amparo²⁸⁰ distingue entre el amparo indirecto en el artículo 114, y el directo, regulado en el artículo 158. El amparo indirecto se tramita ante un juez de distrito, y se trata de actos que no son sentencias definitivas. Atiende actos de autoridad que no son impugnables mediante otro recurso previsto en ley o actos de autoridad que implican violaciones directas a la Constitución federal. Los juzgados de distrito y los tribunales unitarios de circuito son competentes para conocer del juicio de amparo indirecto. También lo son las autoridades del orden común cuando actúen en auxilio de los órganos jurisdiccionales de amparo.²⁸¹ Los tribunales unitarios de circuito sólo conocerán de los juicios de amparo indirecto promovidos contra actos de otros tribunales de la misma naturaleza. El otro tribunal del mismo circuito será competente, si lo hubiera, o el más próximo a la residencia de aquel que haya emitido el acto reclamado.²⁸²

El amparo directo se ocupa de revisar la legalidad y/o constitucionalidad de una sentencia dictada por un tribunal. Es decir, una vez agotados los recursos ordinarios para la revisión de una sentencia que resuelve en lo principal el juicio, se podrá impugnar la sentencia dictada por el tribunal ante un tribunal colegiado de circuito. Los tribunales colegiados de circuito

²⁷⁹ Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)", trabajo presentado en el Congreso organizado por la Asociación Mexicano-Alemana de Juristas en la ciudad de Karlsruhe, República Federal de Alemania, durante los días 10 a 12 de septiembre de 1992, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVI, núm. 77, mayo-agosto de 1993, pp. 461 y 462; para su evolución histórica véase *ibidem*, pp. 462-466.

²⁸⁰ Nueva Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, última reforma publicada *Diario Oficial de la Federación* el 14 de julio de 2014, quedó abrogada la vieja Ley de Amparo, del 30 de diciembre de 1935.

²⁸¹ Artículo 35 de la Ley de Amparo.

²⁸² Artículo 36 de la Ley de Amparo.

son competentes para conocer del juicio de amparo directo. La competencia de los tribunales se fija de acuerdo con la residencia de la autoridad que haya dictado el acto reclamado y, en su caso, atendiendo a la especialización por materia. En materia agraria y en los juicios en contra de tribunales federales de lo contencioso administrativo, es competente el tribunal colegiado de circuito que tenga jurisdicción en donde el acto reclamado deba tener ejecución, trate de ejecutarse, se esté ejecutando o se haya ejecutado. Si el acto reclamado puede tener ejecución en más de un circuito o ha comenzado a ejecutarse en uno de ellos y sigue ejecutándose en otro, es competente el tribunal colegiado de circuito que primero hubiera recibido la demanda; en su defecto, aquel que dicte un acuerdo sobre la misma.²⁸³

La estructura actual del juicio de amparo es compleja, porque comprende varios instrumentos autónomos, que en su conjunto determinan la impugnación de último grado, con algunas excepciones, de los actos y resoluciones pronunciados por todos los tribunales del país, así como de las autoridades administrativas, y también las de carácter legislativo, tanto por motivos de legalidad como de constitucionalidad.²⁸⁴

La Ley de Amparo establece las bases para un procedimiento concentrado con todas las características del tradicional *habeas corpus* (amparo-*habeas corpus*), que protege la libertad y la integridad de las personas cuando son afectadas por autoridades administrativas. También se utiliza para la impugnación de las disposiciones materialmente legislativas, que se consideren contrarias a la Constitución federal (amparo contra leyes). Una práctica muy importante del amparo es la impugnación de resoluciones judiciales, en particular las sentencias definitivas, de todos los jueces y tribunales del país. Comúnmente se conoce como amparo judicial, al que Fix-Zamudio le llama amparo-casación, ya que es el equivalente a un recurso de casación. El amparo también se conoce dentro del proceso de lo contencioso administrativo, el cual no estaba comprendido en las intenciones originales del derecho de amparo. Este amparo se utiliza para combatir los actos y decisiones de autoridades administrativas que no pueden impugnarse ante organismos judiciales.

El punto de discusión es que mediante el procedimiento de amparo se puede responsabilizar al árbitro. La puerta que abrió la discusión es el requisito del amparo, que puede proceder contra actos de las autoridades que vulneren las garantías individuales; sus resoluciones tienen efectos restitutorios al buscar como finalidad restituir al quejoso en el goce de la garantía

²⁸³ Artículo 34 de la Ley de Amparo.

²⁸⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo...*, cit., p. 467.

individual violada, es decir, dejarlo como estaba antes del acto lesivo de la autoridad.²⁸⁵

¿Quiénes pueden considerarse como autoridades²⁸⁶ para efectos del juicio de amparo? Obviamente las entidades estatales. Ignacio Burgoa establece que

...para dejar perfectamente perfilado el concepto de “autoridad”, es necesario recurrir a aquellos elementos que nos permitan distinguirlo de los órganos estatales que no tienen tal carácter, y que se traducen en la índole de actividad que desempeñan las entidades públicas autoritarias y las que no participan de este aspecto. En otras palabras, el elemento de diferenciación entre las autoridades propiamente dichas y los órganos del Estado que no son tales y a los que podríamos calificar de auxiliares de estas, estriba en la naturaleza de las funciones que ambos realizan. En efecto (y esto es de explorada doctrina), se dice que las autoridades están investidas con facultades de decisión y ejecución, es decir, que se reputa autoridad a aquel órgano de gobierno del Estado que es susceptible jurídicamente de producir una alteración, creación o extinción en una o varias situaciones, concretas o abstractas, particulares o generales, públicas o privadas, que puedan presentarse dentro del Estado, alteración, creación o extinción que se lleva a cabo imperativamente, bien por una decisión aisladamente considerada, por la ejecución de esa decisión, o bien por ambas conjunta o separadamente.

Gabino Fraga se pronuncia al respecto:

Cuando las facultades otorgadas a un órgano implican el poder de decisión y ejecución, es decir, la autorización para realizar actos de naturaleza jurídica que afecten la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones, se tiene el concepto de autoridad... Los órganos de la administración (y en general, diríamos, cualquier órgano del Estado) que tienen el carácter de autoridades, pueden concentrar en sus facultades las de decisión y las de ejecución; y en este caso se les conoce con el nombre de órganos ejecutivos;

²⁸⁵ Fernández Fernández, Vicente y Samaniego Behar, Nitza, “El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México”, *Rev. IUS [online]*, 2011, vol. 5, núm. 27, pp. 173-200.

²⁸⁶ Sobre la discusión de la naturaleza procesal que tiene la intervención de la autoridad, véase Terrazas Salgado, Rodolfo, “La autoridad responsable en el juicio de amparo”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, pp. 485 y ss.

pero también puede suceder que sólo tengan facultades de decisión y que la ejecución en sus determinaciones se lleve a cabo por otro órgano diferente.²⁸⁷

A diferencia de los órganos autoritarios, los llamados auxiliares carecen de las facultades de decisión y ejecución y de la potestad de imponer sus determinaciones, pues su actividad estriba en coadyuvar, en diversa y variada forma, con las autoridades, bien sea preparando técnicamente el negocio que ante ellas se ventila, proporcionándoles su consulta, o bien prestándoles una colaboración general, que no en todos los casos es obligatoria.

Los órganos auxiliares, dice Serra Rojas, se concretan a preparar las determinaciones administrativas, sin que puedan tomar alguna determinación, salvo los casos en que la ley estima, en forma transitoria y ocasional, que un órgano auxiliar tome una providencia de carácter provisional. Las consideraciones de distinción entre las autoridades estatales y los órganos auxiliares de las mismas se encuentran corroboradas por varias tesis jurisprudenciales sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, principalmente al negar a los departamentos jurídicos consultivos el carácter de autoridades, y en especial al referirse a la Oficina de la Pequeña Propiedad, antes dependiente directamente del presidente de la República. Sin embargo, tal concepción ha venido evolucionando de tal manera, sobre todo en la jurisprudencia, que existen casos de sujetos que no se encuentran ubicados dentro de la estructura estatal, y cuyas actuaciones sí se pueden controvertir en amparo; por ejemplo, las universidades, cuyos actos son considerados de autoridad para efectos de la procedencia del juicio de amparo.²⁸⁸ La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁸⁹ emitió un criterio en el que expone de manera clara los criterios distintivos para determinar en cada caso concreto si se está o no ante una autoridad. Dichos criterios consisten en a) la existencia de un ente de hecho o de derecho que establece una relación de supra a subordinación con un particular; b) que esa relación tenga su nacimiento en la ley, lo que dota al ente de una facultad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable, al ser de naturaleza pública la fuente de esa potestad; c) que con motivo de esa relación emita actos unilaterales a través de los cuales cree, modifique o extinga por sí o ante sí situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular, y d)

²⁸⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 43a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 188.

²⁸⁸ Fernández Fernández, Vicente y Samaniego Behar, Nitzza, *op. cit.*, pp. 173-200.

²⁸⁹ Tesis 2a. CCIV/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, noviembre de 2001, t. XIV, p. 39, rubro: "AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. NOTAS DISTINTIVAS".

que para emitir esos actos no requiera de acudir a los órganos judiciales ni precise del consenso de la voluntad del afectado.²⁹⁰

La naturaleza de la autoridad responsable, es decir, la que emitió el acto, puede ser de diversa índole. En el amparo judicial, se dice que el amparo procede contra los actos que emanan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, es decir, que sean órganos jurisdiccionales, sin importar la naturaleza de sus actos; por otro lado, en el amparo administrativo tenemos que, por exclusión, todos los actos de las autoridades que no son tribunales judiciales, administrativos o del trabajo también son impugnables, sin importar su naturaleza. Finalmente, está el llamado amparo contra leyes, en el que cabe la posibilidad de impugnar cualquier norma general sin importar de dónde emanó, sino precisamente que su naturaleza jurídica es la de ser una norma jurídica, ya sean leyes en estricto sentido o bien reglamentos o disposiciones generales que emanan de la administración pública.

La nueva Ley de Amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, introdujo diversas reformas, entre ellas un nuevo concepto más amplio de la autoridad responsable en el juicio de amparo.²⁹¹ Estas disposiciones han generado la inquietud de que, vía el juicio de amparo, se introduzcan revisiones judiciales de las decisiones arbitrales.²⁹² En especial se vería diluida la limitación a los jueces de revisar la nulidad de un laudo o la petición de denegación de ejecución del mismo de acuerdo con los artículos 1461 y 1462 del Código de Comercio, y de los artículos III y V de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.²⁹³ La limitación del escrutinio de los laudos por los jueces es un principio universalmente aceptado y reforzado por las leyes. El problema es que el amparo podría ofrecerle al perdedor de una disputa la posibilidad de una suprainstancia y revisión del asunto por jueces, lo que no fue la intención original de las partes. Cabe recordar la decisión *Burchell v. Marsh* en este contexto. Después de una serie de litigios presentados por un comerciante de Nueva York contra el dueño de una tienda de Illinois, ambos comerciantes decidieron someter su disputa a arbitraje. El dueño de la tienda en Illinois ganó, y los árbitros le concedieron la reparación de daños. El comerciante de Nueva York logró la anulación del laudo, pero la Supre-

²⁹⁰ *Idem.*

²⁹¹ Ortiz Mayagoitia, Guillermo, “Arbitraje privado. ¿Procede el amparo en contra del laudo que le pone fin?”, discurso ante la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, 23 de abril de 2013.

²⁹² Abascal, José María y Flores Senties, Héctor, “La nueva Ley de Amparo y el arbitraje”, *Abogado Corporativo*, revista de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, junio de 2013.

²⁹³ La Convención entró en vigor el 7 de junio de 1959 (artículo XII).

ma Corte decidió lo contrario argumentando que si el laudo no excedía las peticiones de las partes y la honesta decisión de los árbitros, y se emitió como resultado de un procedimiento en que se otorgó plena e igual oportunidad de defensa a las partes, ninguna autoridad judicial podía anularlo, ni con base en la ley ni en los hechos y su apreciación. Lo contrario equivaldría a que la autoridad judicial sustituiría a los árbitros escogidos por las partes y convertiría al laudo en el comienzo y no el final del litigio.²⁹⁴

El artículo 5o. de la nueva Ley de Amparo establece en su fracción II:

La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas. Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.²⁹⁵

El asunto no es meramente teórico. El juez 6o. de distrito civil en el Distrito Federal admitió una demanda de amparo en contra de un árbitro (AI 434/2013).

Lo novedoso en la Ley de Amparo es que ahora un particular puede ser considerado autoridad, y establece tres requisitos para tener la calidad de autoridad responsable:

1. Que realice actos equivalentes a los de autoridad (dictar, ordenar, ejecutar o tratar de ejecutar actos, u omitir actos).
2. Que los actos afecten derechos, y
3. Que las funciones del particular estén determinadas por una norma general.

Se puede aceptar que el árbitro podría cumplir con el primer requisito, ya que realiza actos equivalentes a los de una autoridad, como dictar el laudo y ordenar a las partes ciertas conductas en sus órdenes procesales. Pero hasta ahí las similitudes del árbitro con la autoridad. El árbitro no reúne

²⁹⁴ Burchell v. Marsh, 58 US 344, 349 (1855), citado en Park, William W., “Chapter 2, The four musketeers of arbitral duty: neither one-for-all nor all-for-one”, en Derains, Yves y Lévy, Laurent, *Is Arbitration Only as Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*, DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, 2011, p. 34; Abascal, José María y Flores Senties, Héctor, *op. cit.*

²⁹⁵ En contraste, el antiguo artículo 11 de la derogada Ley de Amparo establecía claramente: “autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado”.

los otros dos requisitos del artículo 5o. Las partes del arbitraje acuerdan de forma voluntaria mediante el acuerdo de arbitraje la actuación del árbitro. Por eso el acto del árbitro no afecta a terceros, es decir, a las partes, en forma unilateral. Como se estableció en este trabajo, vincula a las partes y al árbitro una relación contractual voluntaria. Respecto al tercer requisito que las funciones del particular estén determinadas por una norma general, cabe mencionar que son las partes las que establecen en el acuerdo de arbitraje las normas aplicables. También se determinan indirectamente mediante el reglamento de arbitraje que se especifica en el acuerdo de arbitraje. El hecho de que el Código de Comercio regule el arbitraje comercial no implica que las facultades de un árbitro, en tanto sujeto privado en una relación contractual, bilateral o plurilateral, sean conferidas por una norma general.

Por tanto, el árbitro no tiene la calidad de autoridad responsable. Sus laudos no son iguales o similares a actos de autoridad. Además, la actuación de los árbitros no es una función pública. Incluso, cualquier interpretación en sentido diverso sería contraria a los principios previstos en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, ratificada por México desde 1971. Si bien es cierto que el árbitro es el rector del proceso, y, por ende, tiene facultades para impulsar el mismo, hacerse de la información necesaria para resolver la disputa, evitar que el proceso se quede sin materia, entre otras, continúa siendo un particular cuya función deriva de una relación contractual, y quien, desde un punto de vista estrictamente jurídico, se desempeña como un prestador de servicios profesionales. La falta de imperio por parte del árbitro le quita el atributo que materialmente le da el carácter de autoridad al juez, y que hubiera podido colocar al árbitro en una posición de supraordinación respecto de las partes involucradas en el arbitraje.²⁹⁶

Esta opinión se ve reflejada en esta reciente tesis aislada:

De las fracciones III, inciso a) y V, inciso c), del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el diverso 170 de la nueva Ley de Amparo, se advierte que los Tribunales Colegiados de Circuito son competentes para conocer de los juicios de amparo directo, los que sólo proceden contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que le ponen fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. En ese contexto normativo, la validez de un laudo emitido por un

²⁹⁶ Para un análisis a mayor detalle véase García Barragán López, Daniel, “El árbitro privado no es autoridad para efectos de la Ley de Amparo: entendiendo la lógica detrás de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*”, *Revista de Derecho Privado*, México, cuarta época, núm. 9, enero-junio de 2016, p. 40.

árbitro particular no puede dilucidarse a través de dicho medio de defensa, al tratarse de una decisión que no es emitida por los tribunales de referencia, pues no es suficiente para estimar la competencia de dichos órganos, que la decisión señalada como acto reclamado tenga la denominación de laudo, ya que tal es la noción que corresponde a las resoluciones definitivas que emiten los tribunales del trabajo, y esa naturaleza no corresponde al árbitro que emitió el acto que se reclama en un procedimiento arbitral pactado por las partes, pues un requisito sine qua non para estimar la posibilidad de que en el amparo directo pueda cuestionarse la regularidad de ese tipo de actos, es que sean emitidos por tribunales del Estado y no por árbitros privados. Por ende, en estos casos el Tribunal Colegiado de Circuito, con fundamento en el artículo 45 de la Ley de Amparo, debe declarar su incompetencia y remitir el asunto al Juez de Distrito que corresponda, quien deberá pronunciarse sobre la posibilidad de que el árbitro, como particular que emite un acto equiparable al de autoridad, pueda ser considerado como responsable para efectos del juicio de amparo.²⁹⁷

II. CONCLUSIÓN

Por lo anterior, no se puede aplicar el sistema de responsabilidad de los jueces mexicanos al árbitro de acuerdo con lo que a continuación se expone.

²⁹⁷ Tesis: I.5o.C.76 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2007320, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Tesis Aislada, 29 de agosto de 2014, Amparo directo 384/2013. LAUDO EMITIDO POR ÁRBITRO PARTICULAR. ES INCOMPETENTE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO PARA CONOCER DE ÉL EN EL AMPARO DIRECTO.

CAPÍTULO OCTAVO

APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES DEL DERECHO CIVIL

Dado que no es posible aplicar las reglas especiales de responsabilidad del juez y el amparo a la responsabilidad del árbitro, tenemos que enfocarnos en las herramientas que nos propone el derecho civil mexicano y, de ser necesario, adaptarlas a la situación específica del árbitro.

Como señala Gregorini Clusellas,²⁹⁸ para determinar la responsabilidad civil es necesario distinguir los supuestos de revisión de un laudo por apelación cuando ella procede por no haberse renunciado expresamente, y los de nulidad:

La apelación y sus consecuencias no pueden razonablemente generar responsabilidad del árbitro cuyo laudo es revisado. La interpretación de los contratos, de las normas jurídicas y de la prueba producida tanto para los árbitros de derecho como de equidad, son cuestiones subjetivas en que debe primar el criterio arbitral y así se interpreta en general. Por ello no son materias susceptibles en principio de generar responsabilidad.

La nulidad de un laudo por las causales legales o bien la omisión del árbitro de dictarlo implican una “antijuricidad objetiva”. Esta antijuricidad *per se* no alcanza para fincarle responsabilidad al árbitro. Más bien sólo la presume.²⁹⁹ “Si el laudo es extemporáneo, se omitió su dictado o decidió sobre puntos no comprometidos violando al principio de congruencia, de defensa en juicio, o puede calificarse de arbitrario, la conducta del árbitro excede lo que puede considerarse error de apreciación, pues se habría violado el ordenamiento jurídico”.³⁰⁰ En todos estos casos, quien reclame

²⁹⁸ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *El arbitraje y la responsabilidad de los árbitros*, disponible en: www.ajeuba.campusuniversidad.com.ar, s.f., y http://ajeuba.campusuniversidad.com.ar/courses/ARBITRAJECOMERCIAL10AJE/document/El_arbitraje_y_la_responsabilidad_de_los_%E1rbitros.html?cidReq=ARBITRAJECOMERCIAL10AJE.

²⁹⁹ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *op. cit.*

³⁰⁰ *Idem.*

responsabilidad deberá además acreditar el factor subjetivo de imputación, la consistencia y entidad del daño sufrido y la relación de causalidad con el hecho antijurídico del árbitro. Cabe notar que para la concretización de la responsabilidad civil del árbitro se requieren los requisitos de toda responsabilidad civil, contractual o extracontractual:

- a) antijuridicidad;
- b) factor de atribución o imputabilidad;
- c) daño y
- d) causalidad o nexo causal adecuado.

El factor subjetivo de atribución se basa en la culpa o el dolo. Al árbitro le pueden aplicar las responsabilidades propias de la profesión por su mala práctica, sujetas a los controles de ética por el ente colegiado que los agrupa. Asimismo, su actuación puede generar una responsabilidad contractual respecto de las partes, con las cuales generalmente lo vincula un contrato, y otra extracontractual respecto de terceros. Sin embargo, para determinar la responsabilidad civil debe analizarse si la obligación del árbitro de laudar es de medios o de resultados (obligación de hacer).

I. LAUDAR, ¿OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS?

Para poder definir la aplicación de la responsabilidad civil al árbitro es necesario caracterizar su obligación. El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito establece que la

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno, en su artículo II. 1, define al arbitraje como el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. De lo expuesto, derivan los siguientes elementos del acuerdo de arbitraje: a. Consentimiento por escrito de las partes de obligarse a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias. b. Las diferencias entre las partes provienen de una relación jurídica, contractual o extracontractual; y, c. La controversia sea arbitrable; en este caso, rige el principio de reserva y de cláusula expresa, porque la cláusula arbitral constituye la base del arbitraje y es la que precisa cuáles son las diferencias y relación jurídica que debe resolverse mediante un tercero al que le confieren el poder de resolver la controversia; es el acuerdo expreso el que contiene los límites del arbitraje

que deba desplegarse en el presente o futuro de una relación jurídica, cualquiera que sea su origen, de modo que sólo podrán ser resueltas las diferencias comprendidas en ese acuerdo. Así las cosas, las facultades del árbitro y la materia de su conocimiento derivarán de la voluntad de las partes expresadas de conformidad con la ley. De lo expuesto, se advierte que la cláusula arbitral contiene para un tercero la obligación de hacer, personalísima e infungible, de resolver una controversia, y para las partes obligaciones complejas de hacer y poner las medidas necesarias para que el arbitraje se lleve a cabo.³⁰¹

De forma similar argumenta González de Cossío cuando dice que la “obligación en la que me deseo concentrar es el deber de emitir un laudo válido y ejecutable. Dicho deber no puede entenderse como una obligación de resultado sino como una obligación de empeñar sus mejores esfuerzos”.³⁰²

Las obligaciones de hacer o de no hacer están establecidas en el artículo 2027, capítulo VI, del Código Civil Federal. Tal artículo establece que si el obligado a prestar un hecho no lo hiciera, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible. Esto mismo se observará si no lo hiciera de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se desahogue lo mal hecho. Asimismo, el artículo 2014 del Código Civil Federal establece que el que estuviera obligado a prestar un hecho y dejara de prestarlo o no lo prestara conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I. Si la obligación fuera a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; II. Si la obligación no dependiera de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080. El que contraviene una obligación de no hacer *pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención* (énfasis añadido). En el primer caso la morosidad equivale a la culpa. De manera más general para las obligaciones sinalagmáticas, el artículo 1949 estipula que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún

³⁰¹ Tesis I.3o.C.937 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, XXXIII, mayo de 2011, p. 1017, Tesis Aislada (Civil), [TA]; ARBITRAJE. CONCEPTO Y ELEMENTOS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO II.1 DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS); Amparo en revisión 195/2010, Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra, 7 de octubre de 2010.

³⁰² González de Cossío, Francisco, *El árbitro*, México, Porrúa, 2008, p. 69.

después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultara imposible.

En el caso de incumplimiento de una obligación mutua, el artículo 1949 de Código Civil Federal ofrece por un lado el cumplimiento. Sin embargo, eso se debe rechazar, dado que el árbitro no puede juzgar de nuevo la causa y emitir un nuevo laudo por falta de imparcialidad. El árbitro ya formó su opinión sobre el caso, y no podría empezar de nuevo y de forma neutral. Más bien las partes deberían nombrar nuevos árbitros; pero esto no representaría un cumplimiento en el sentido del artículo, sino una nueva relación jurídica entre las partes y un nuevo árbitro.³⁰³

Como consecuencia del incumplimiento, sólo queda a las partes la acción resolutoria. De acuerdo con ella, las partes revierten la relación jurídica al estado que tenían antes (*ex tunc*), es decir, "...al reintegro del valor de las prestaciones aportadas por razón del contrato (la cosa con sus frutos y el precio con sus intereses)..."³⁰⁴ con el resarcimiento de daños y perjuicios. En la práctica, el árbitro no sólo devolvería sus honorarios a las partes, sino que las partes lo podrían demandar por daños y perjuicios.

Lo anterior no se refiere todavía, en estricto sentido, a la responsabilidad del árbitro, sino solamente al destino de la relación contractual entre las partes. El incumplimiento del árbitro de sus obligaciones contractuales "...debe permitir la resolución del contrato con las consecuencias mencionadas evitando... injustos enriquecimientos en quien ha incumplido aquello a lo que se había obligado, al no ejecutar «la obra» encargada o ejecutarla defectuosamente, de tal forma que sea inservible para la finalidad perseguida".³⁰⁵

En el evento de que las partes hayan encargado la administración del arbitraje a una institución, no podrían demandar de ella el reembolso del monto pagado por su servicio mientras no hubiera incumplimiento de dicho servicio. Sin embargo, surge la duda de si la institución de arbitraje es solidariamente responsable como garante a las partes por los honorarios de los árbitros. Aunque no es parte de este trabajo definir la responsabilidad de la institución de arbitraje, salvo estipulación contraria en el contrato de servicio entre las partes y la institución de arbitraje, considero que no es responsable por la devolución de los honorarios de los árbitros, porque su posición no es la de un garante frente a las partes.³⁰⁶ Esto se basa en el artículo 1988 del

³⁰³ Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 738.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 739.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 740.

Código Civil Federal, de acuerdo con el cual la solidaridad no se presume, sino que resulta de la ley o de la voluntad de las partes.

II. LIMITACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO MEDIANTE ELEMENTOS SUBJETIVOS DE CULPA O DOLO

Como establecimos, el deber del árbitro es primordialmente una obligación de hacer, es decir, de emitir un laudo. Habrá también obligaciones paralelas incluidas en su trabajo, que son de resultado. Anotamos que el artículo 2014, CCF, establece una responsabilidad objetiva por daños y perjuicios por el simple hecho de contravenir una obligación de hacer. Si esta solución se aplicara directamente al árbitro, quedaría expuesto a un sinnúmero de responsabilidades y demandas por daños y perjuicios.

Hemos estado sosteniendo que la función del árbitro merece una protección especial en vista de sus funciones. Nos preguntamos sobre la forma de obtener esta protección. Considero apropiado que la limitación a la responsabilidad se logre mediante la escala de culpa y dolo. Es decir, independientemente de la acción que haya causado un daño, es importante incluir en la distinción un elemento subjetivo. Mantenerlo objetivo como lo establece el artículo 2014 CCF no haría justicia a la función y situación especial del árbitro.

1. *Limitación a dolo o inclusión de culpa*

La mala fe, temeridad o dolo son principios especiales frente al criterio general de responsabilidad. Perales Viscasillas distingue diversas interpretaciones. Por un lado, la ampliación de la responsabilidad vía interpretación extensiva, es decir, la permisón de la culpa o negligencia. Por otro lado, la restricción de la responsabilidad a la antijuridicidad dañina intencional. La tesis intermedia establece una responsabilidad por dolo (mala fe) o culpa grave (temeridad).

La Sentencia del 22 de junio de 2009 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español establece que desde

...el punto de vista positivo, la institución del arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que esta no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y

que, cuando menos, ser producto de una grave negligencia. La LA, no aplicable por razones temporales al supuesto que examinamos, restringe la responsabilidad a los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo (artículo 1 LA), por considerar que sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de la facultad de resolución heterónoma de conflictos que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes. La LA 1988, aplicable en el caso, considera responsables a los árbitros que no cumplieran fielmente su encargo “por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa”. Esta expresión debe también interpretarse como restringida a los supuestos de negligencia grave, pues la imputación al árbitro de los daños causados mediante negligencia que no comporte una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes se opone a la autonomía funcional amparada en la autonomía de la voluntad de las partes que constituye la base de esta institución.

De semejante manera, la Corte de Casación francesa establece en su sentencia de 2014 que la responsabilidad civil de los árbitros supone la existencia de un incumplimiento a su obligación de imparcialidad y buena fe, o la comisión de una falta personal similar a dolo o constitutiva de fraude, de una falta grave o negación de justicia.³⁰⁷

La necesidad de distinguir un error de carácter manifiesto para que pueda exigirse responsabilidad en relación con los errores judiciales constituye una constante en Derecho comparado y se ofrece como una exigencia derivada de los principios del Derecho comunitario cuando se trata de determinar la responsabilidad del Estado por incumplimiento mediante actuaciones judiciales. No parece que respecto de los árbitros deba regir un principio distinto, pues, salvadas las distancias que existen entre la naturaleza de la función jurisdiccional y la de arbitraje (la primera tiene su fundamento constitucional en el monopolio de exclusividad de aplicación de las leyes y garantía de los derechos por el poder judicial, mientras que el segundo, según la STC 9/2005, es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del Ordenamiento), la actuación del árbitro, limitada a determinadas materias, tiene un contenido material similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce los mismos efectos que una resolución jurisdiccional. Por otra parte, la esencia del arbitraje y el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial, determinan que la

³⁰⁷ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 15 janvier 2014, Arrêt n° 2, “La responsabilité civile des arbitres suppose l’existence d’un manquement de ceux-ci à leur obligation d’impartialité et de bonne foi, ou encore la commission d’une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d’une fraude, d’une faute lourde ou d’un déni de justice”.

intervención judicial en el arbitraje tenga carácter de control extraordinario cuando no se trata de funciones de asistencia, pues la acción de anulación, de carácter limitado a determinados supuestos, es suficiente para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los tribunales (SSTC 9/2005, y 761/1996 y 13/1927) y, según la jurisprudencia esta Sala, tiene como objeto dejar sin efecto lo que pueda constituir un exceso del laudo arbitral, pero no corregir sus deficiencias u omisiones (SSTS 17 de marzo de 1988, 28 de noviembre de 1988, 7 de junio de 1990). Cuando se trata de arbitraje de equidad, la exigencia del carácter manifiesto del error cometido por negligencia y su incidencia en el carácter injusto del resultado resulta especialmente relevante. La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo (según la STS de 30 de mayo de 1987 la jurisprudencia no declara que los laudos de equidad deban desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo, sino que viene a afirmar que no se apliquen exclusivamente normas de Derecho de forma rigurosa), sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extrasistemático para fundar la argumentación, las cuales tienen un valor relevante en la aplicación del Derecho, aunque pueda prescindirse, dado el carácter esencialmente disponible del objeto del arbitraje, de aquellas reglas que tienden a la protección del sistema jurídico como institución, especialmente de aquellas que persiguen salvaguardar la seguridad jurídica, cuando no se advierte que en el caso concretamente examinado tengan más trascendencia que la de garantizar la coherencia institucional y la autoridad del Derecho y de los tribunales. Resulta, por lo tanto, evidente que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso, por lo que, desde el punto de vista de la responsabilidad de los árbitros, no pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional, aunque pudiera considerarse grave en una resolución jurisdiccional.³⁰⁸

En la doctrina francesa se han establecido dos definiciones de culpa. Por un lado, Planiol la define como la violación de una norma preexistente.³⁰⁹ Por el otro lado, los hermanos Mazeaud la definen como el comportamiento que no tendría el hombre prudente y perspicaz.³¹⁰ Pero esta definición

³⁰⁸ Sentencia 429/2009 de TS, Sala 1a., de lo Civil, 22 de junio de 2009, disponible en: <http://supremo.vlex.es/vid/-231830214>.

³⁰⁹ Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés. Las obligaciones (segunda parte)*, t. VII, México, Acrópolis, 1998, p. 529.

³¹⁰ Mazeaud, Henri *et al.*, *Essai de classification...*, cit., p. 108.

se contraponen a la definición clásica en la cual la culpa es un hecho ilícito imputable a su autor.³¹¹

Nuestro Código Civil Federal se aparta como principio general de la clasificación gradatoria entre grave, leve y levísima, y reconoce dolo, culpa, impericia y negligencia. Como consecuencia, toda naturaleza de culpa bastará para responsabilizar. La distinción sólo cabría en materia de culpa contractual, pues *in lege aquilia et levissima culpa venit*, es decir, en el campo aquiliano, se responde siempre por toda falta. Cabe consignar que prevalece definitivamente la unidad de la culpa, sea como fuente de responsabilidad contractual o extracontractual, que la identifica con la imprudencia o negligencia en el obrar o con la especie agravada del dolo del artículo 2106 del Código Civil Federal. Sobre su modo de apreciación, la evaluación de la conducta debe ser en concreto, ponderada con relación al sujeto de que se trate frente a las circunstancias del caso. Dicha evaluación resultará de comparar, siguiendo un criterio subjetivo-objetivo, la conducta razonablemente esperada para un árbitro de la condición del sujeto analizado, ante las circunstancias particulares y la actuación realizada en la ocasión.

Los árbitros podrían estar sujetos a las mismas reglas que otros proveedores de servicios. El artículo 2106 CCF claramente establece que no se puede excluir la responsabilidad contractual por dolo. No hay necesidad de extender la protección del árbitro a actos cometidos por negligencia grave, dado que la distinción entre ambos es tan fina que sería muy difícil explicarle a una parte ofendida que el daño causado por negligencia grave no podrá ser resarcido, pero el de dolo sí. Puede resultar tentador limitar la responsabilidad del árbitro a dolo y excluir la culpa de forma completa, como lo sugiere Born en su obra sobre el arbitraje comercial internacional.³¹² Esto podría proporcionar claridad y certeza jurídica al sistema de responsabilidad del árbitro, pues no se haría a la difícil distinción entre negligencia grave y leve. Se ha argumentado igualmente que la admisión de ambas formas de negligencia amenazaría la independencia del árbitro.³¹³ Obviamente, la diferencia entre negligencia grave o leve es un tema de debate y criterio, que no está sujeto a una definición clara.³¹⁴ Sin embargo, en el caso Azran, la Corte de Apelación de París explícitamente establece que

³¹¹ Chabas, François, “La noción de culpa en el derecho francés”, conferencia sustentada en la Universidad Iberoamericana el 13 de marzo de 1989, 1989, p. 407.

³¹² Gary Bryan, *op. cit.*, pp. 1598 y 1600.

³¹³ *Ibidem*, p. 1659.

³¹⁴ No se entrará en este trabajo a la conocida discusión de teorías de negligencia; véase, en vez de mucha discusión de la negligencia en el derecho inglés, *Armitage v. Nurse* [1997] EWCA Civ 1279.

los árbitros serán responsables por negligencia grave, así como por fraude y negación de justicia.³¹⁵ La diferenciación entre las graduaciones de negligencia o culpa es subjetiva, de difícil valoración y difícil de evidenciar en un juicio. Por ejemplo, la imparcialidad del árbitro constituye una cualidad esencial, pero resulta difícil de comprobar. Se requiere de situaciones de hecho objetivas; por ejemplo, vínculos de dependencia con una parte. Esto ha sido comprobado en el sonado caso *Tapie*, en el cual la Cour de Cassation de París concluyó que hubo un vínculo por lo menos entre uno de los árbitros y el abogado que representaba los intereses del señor Tapie, o quizá hasta con el señor Tapie directamente.³¹⁶ La Cour de cassation de París³¹⁷ habló de fraude y anuló el laudo que le otorgaba al señor Tapie la razón y condenaba a la contraparte. Como vemos, las consecuencias son mayores, y la problemática no es meramente teórica. A causa del fraude, una parte iba a obtener un considerable pago, causándole a la parte perdedora un gran daño. De no haber sido porque el sistema legal francés permitiera el recurso de responsabilidad, no se habría evitado el daño y la injusticia.

Podría argumentarse que en sistemas jurídicos menos avanzados, en los que algunos abogados abusan del sistema legal y de las leyes, debería optarse por la protección del árbitro mediante certeza jurídica respecto al término jurídico de la negligencia ambiguo. Los litigantes lo podrían utilizar para demandar al árbitro como un recurso adicional en caso de perder la disputa. Sin embargo, las dificultades de una definición legal y la práctica jurídica deficiente de algunos abogados no justifican que de forma general se excluya una diferenciación jurídica necesaria y razonable. Igualmente complicado es diferenciar entre la culpa consciente y el dolo eventual. El problema de términos jurídicos ambiguos y de diferenciaciones complicadas está presente en casi cada ley o reglamento; forma parte esencial de cada sistema jurídico, porque sólo así se pueden incluir la mayor cantidad de hechos y situaciones en una norma jurídica.

Pocos temas en la teoría del lenguaje se relacionan tan estrechamente con la interpretación legal como la indeterminación lingüística asociada con la ambigüedad y la vaguedad. Partes importantes del sistema legal institucional, en especial los tribunales a nivel de apelación y cortes supremas, se ocupan la mayoría del tiempo de la indeterminación de la ley, y no a descifrar los hechos de casos. De forma coloquial, tanto el término vaguedad

³¹⁵ Corte de Apelación de París, *Azran v. Schirex, Leclercq, Nahum and the company SAS Consultaudit*, sentencia del 1o. de marzo de 2011, núm. 09/22701.

³¹⁶ Cour de cassation, 1ère chambre civile. 30 juin 2016. Pourvoi n° 15-13.755. Arrêt 932.

³¹⁷ *Idem*.

como ambigüedad son utilizados de forma genérica para hacer referencia a la indeterminación. Este es el sentido en el cual la vaguedad se entiende en la doctrina “*void for vagueness*”, de acuerdo con la cual una norma es considerada nula cuando haya sido enmarcada en términos tan indeterminados que su sentido sólo puede ser adivinado. La vaguedad puede relacionarse con la individualización o clasificación. Por lo menos existen cuatro puntos de vista desde los cuales se pueden analizar los problemas causados por la vaguedad: lógica, ontología, epistemología, y semántica.³¹⁸ Es deber de los tribunales y de la ciencia jurídica definir esos términos. La ambigüedad de términos jurídicos aplica a muchas situaciones jurídicas, y sin embargo no se han excluido términos ambiguos del sistema jurídico dejando espacio para la discusión y el criterio. El sistema de responsabilidad contractual forma parte fundamental del sistema de contratos base de la relación del árbitro con las partes. Excluir la responsabilidad contractual al máximo permitido por ley (artículo 2106, Código Civil Federal) sería cerrar los ojos ante la necesidad e importancia del sistema de sanciones contractuales. Los árbitros deben ser responsables cuando dañen los derechos de las partes por negligencia o dolo.

2. Limitación a dolo y culpa grave

En mi opinión, se debe excluir la culpa leve. El árbitro debe ser responsable por dolo y culpa grave.³¹⁹ De otra forma, la protección, independencia y autoridad de los árbitros estaría restringida de forma tal que sería incompatible con la tarea de juzgar que le fue conferida.³²⁰ Sería el árbitro responsable por culpa grave, fraude, o colusión con una parte.³²¹ A la misma conclusión llega González de Cossío:

³¹⁸ Para analizar más el tema de la vaguedad en la norma legal: Poscher, Ralf, “Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation”, en Tiersma, Peter y Solan, Lawrence M. (eds.), *Linguistic Issues in Statutory Interpretation, The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2012; véase también Solan, Lawrence, M., “Linguistic Issues in Statutory Interpretation”, en Tiersma, Peter y Solan, Lawrence M. (eds.), *Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2012.

³¹⁹ Así también Huhtala, Jouko, “Arbitrator’s Liability Explained”, *Newsletter del ILO International Law Office*, 25 de mayo 25 de 2000.

³²⁰ TGI Reims, 27 de septiembre de 1978, *Florange v. Brissart et Corgié*, núm. 482/77, no publicado.

³²¹ Poudret, Jean-Francois y Besson, Sebastian, *Comparative Law of International Arbitration*. 2a. ed., London, Sweet & Maxwell, 2007, para. 446, citando TGI Paris Bompard, *Rev. Arb.* 1996, 476; Gaillard, Emmanuel, y John Savage, *International Commercial Arbitration*, de Fou-

Ello pues el laudo puede ser anulado o no ejecutado por circunstancias que rebasan al árbitro, y considero injusto e inconveniente que cualquier motivo justifique responsabilidad. Es decir, para que una causal de nulidad genere responsabilidad al árbitro que emitió el laudo es necesario que exista dolo o culpa del árbitro. En mi opinión, el árbitro debe ser responsable si por su dolo o culpa el laudo es inejecutable. Las dos hipótesis son distintas, no redundantes. Mientras la primera (dolo) resulta de conducta intencional, la segunda (culpa o negligencia) no lo es; se genera por no realizar el esfuerzo que su misión exige. Pero no solo debe existir culpa —debe ser “grave”. La teoría de la graduación de la culpa es aplicable pues la relación que une a las partes y al árbitro es contractual. El motivo por el que considero que no cualquier tipo de culpa puede ser suficiente es porque abriría la posibilidad de cuestionamientos o reevaluación por un juez de las medidas que adopte un árbitro, mismas que fácilmente pueden ser sacadas de contexto por una de las partes —particularmente si el árbitro no es parte en el procedimiento. Dado que la culpa consiste en no esforzarse lo suficiente, si el árbitro tomó medidas para incrementar la posibilidad de que el laudo sea válido, debe estar exento de culpa. Ello pues no existe dolo cuando el (supuesto) culpable prevea los resultados como posibles y desee que no se produzcan adoptando precauciones.³²²

En el derecho español, el régimen de responsabilidad configurado por la Ley de Arbitraje (LA) es de carácter genérico, aplicándose a cualquier incumplimiento del cargo, tanto para personas físicas como jurídicas, excluyéndose sin embargo la responsabilidad por simple negligencia.³²³ De este modo, la responsabilidad del árbitro se aparta del régimen de responsabilidad civil previsto en el artículo 411 LOPJ, para jueces y magistrados. En general, el artículo 21, LA, prevé un régimen de responsabilidad contractual (artículo 1001, CC), sin perjuicio de que ésta pueda concurrir con la extracontractual (artículos 1902 y siguientes).³²⁴ En los artículos 422 (cohecho) y 439 (negociaciones prohibidas), el Código Penal español específicamente se refiere a los árbitros, teniendo en cuenta la función pública que ejercen, lo que justifica la consideración del arbitraje como una institución que sobrepasa el ámbito contractual para adentrarse en la esfera procesal.

chard, Gaillard, Goldman (eds.), *The Hague et al.*, Kluwer Law International, 1999, para. 1082; Weigand, Frank-Bernd, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010, para. 6.203.

³²² González de Cossío, Francisco, *El árbitro...*, cit., p. 70.

³²³ Garberí Llobregat, José, *op. cit.*, pp. 415 y 416.

³²⁴ *Idem*. La responsabilidad del árbitro no sólo se proyecta en el ámbito civil, sino también en la esfera penal; en relación con los tipos previstos en el título XIX del Código Penal.

3. *Actuar cuasijurisdiccional y no jurisdiccional*

Una vez establecido que el árbitro sólo es responsable por errores cometidos por culpa grave o dolo, pero no por culpa leve, resultaría interesante analizar si este esquema de protección aplica a todas las acciones del árbitro o sólo a algunas de ellas; es decir, si aplica únicamente a la actuación jurisdiccional del árbitro. La limitación de responsabilidad o protección del árbitro podría aplicar a errores cometidos en el proceso de toma de decisión (ámbito cuasijurisdiccional). En contraste, el régimen general de responsabilidad previsto en el Código Civil podría aplicar a las acciones no jurisdiccionales del árbitro. Nos preguntamos sobre las acciones que incluyen la toma de decisión y las que las excluyen. Debería incluir, por ejemplo, la toma de evidencia, el establecimiento de los hechos relevantes, la aplicación de la ley, o cualquier otra acción dentro del procedimiento arbitral que se encuentre estrechamente ligada a la toma de la decisión.³²⁵ Errores cometidos fuera de ese proceso de toma de decisiones estarían sujetos a la responsabilidad contractual normal.³²⁶ Por ejemplo, cuando el árbitro no revele hechos o circunstancias que pongan en duda su independencia e imparcialidad,³²⁷ faltas a la confidencialidad, a la obligación de entregar un laudo formalmente correcto³²⁸ o de cumplir el mandato encargado.³²⁹ En este caso el árbitro sería total y personalmente responsable.

Comenta Gómez Jene respecto al derecho español, que al

...ámbito de actuación cuasi-jurisdiccional (o de equivalente jurisdiccional) del árbitro corresponde toda y cualquier actividad que pertenece a su actividad cuasi-jurisdiccional; es decir, a su actividad de iurisdictio, de imperium para administrar la justicia: es el ámbito de las decisiones, de los juicios del árbitro sobre los derechos tantos materiales como procesales de las partes. Es el ámbito, en definitiva, de los ejercicios intelectuales de opinión del árbitro.

³²⁵ Musielak, Hans-Joachim, *op. cit.*, § 1035 para. 25; Münch, Joachim, *op. cit.*, comentarios antes de los § §1034 ss., para. 30.

³²⁶ Gaillard, Emmanuel y Savage, John, *International Commercial Arbitration...*, *cit.*, para. 1090 y ss.

³²⁷ CA París, 2 de julio de 1992, Raoul Duval v. Merkuria Sucden, 1996, *Rev. Arb.*, 411.

³²⁸ Münch, Joachim, *op. cit.*, comentarios antes de los § §1034 ss., para. 30: La Suprema Corte alemana siguió limitando la responsabilidad de los jueces con base en la garantía constitucional de la independencia de la judicatura por acciones que no estén dentro del parámetro del §839(2)1 BGB a casos donde la conducta del juez debe ser considerada totalmente injustificable, decisión de la Suprema Corte del 4 de noviembre de 2011, III ZR 32/10, Beck RS 2010, 29173.

³²⁹ Musielak, Hans-Joachim, *op. cit.*, § 1035 para. 25.

A este ámbito de actuación cuasi-jurisdiccional del árbitro pertenece el juicio que, en definitiva, constituye el laudo. Pero también pertenece a este ámbito de actuación otro tipo de decisiones del árbitro sobre los derechos procesales o materiales de las partes, como, por ejemplo, el juicio del árbitro sobre la validez del convenio arbitral (ex art. 9 LA); el juicio del árbitro sobre la propia competencia (ex art. 22 LA); el juicio del árbitro sobre la arbitrabilidad de la materia (ex art. 2 LA); el juicio del árbitro sobre la internacionalidad del arbitraje (ex art. 3 LA); el juicio del árbitro sobre la admisión de pruebas (ex art. 25 LA); el juicio del árbitro sobre la adopción de medidas cautelares (ex art. 23 LA); el juicio del árbitro sobre la ley o normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia (ex art. 34); y, el juicio del árbitro de aclaración o complemento del laudo (ex art. 39 LA).

Por otro lado, podría adoptarse una perspectiva amplísima de la toma de decisiones que incluya cualquier acción, como el envío de correspondencia, que es una tarea administrativa. Esto conllevaría a que la protección del árbitro contra errores cometidos por culpa leve aplique casi de forma general.

Así, se hace patente el problema para lograr la distinción entre el actuar judicial (adjudicativo) y no judicial (administrativo) del árbitro,³³⁰ que provoca problemas prácticos. La acción judicial de laudar está protegida, pero incluye elementos administrativos y no judiciales que estarían sujetos a responsabilidad. La actuación administrativa está enredada con la judicial, y puede ser difícil distinguir entre ambos. La falta del árbitro para rendir un laudo en cierto tiempo o en tiempo razonable como se establece en diversos reglamentos puede ser causada por simple mala administración o por la complejidad de la materia legal.

Por ende, no es recomendable distinguir entre el actuar cuasijurisdiccional y no jurisdiccional para determinar si un acto del árbitro causa responsabilidad.

III. ANTIJURIDICIDAD

Resulta importante separar la antijuridicidad o transgresión normativa objetiva de los demás supuestos de la obligación resarcitoria. Dicha ilicitud objetiva no es específicamente referida a una norma en particular, sino amplia y considerada con relación al ordenamiento jurídico en su conjunto.³³¹ La obligación

³³⁰ Hebaishi, Hazem, "Should Arbitrator Immunity be Preserved under English Law?", *The North East Law Review*, Newcastle University, Newcastle upon Tyne, 2, núm. 2, 2014, p. 49.

³³¹ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *op. cit.*

de no dañar a otro es un principio general del derecho, carácter que no se modifica cuando la ilicitud resulta de normas específicas, que se induzca de otras o que se extraiga de una deducción sistemática. La transgresión normativa que configure la antijuricidad del obrar de los árbitros resultará tanto respecto de las leyes particulares del caso sometido al arbitraje que las partes impusieron³³² como de las leyes generales aplicables. Si el laudo fuera respecto de una compraventa internacional de mercaderías regida por la Convención de Viena de 1980 (ley 22.765), la antijuricidad podría resultar de la violación del reglamento arbitral, sea éste de fuente legislativa, institucional o convencional, de la ley de fondo aplicable, que sería la Convención, y de la ley local en las materias cuando la Convención o el Reglamento se refieran a ella.

IV. DAÑO

El daño es un elemento del acto ilícito sin el cual no existe responsabilidad civil. No se podrá imponer una sanción resarcitoria sin daño que reparar. Sea la responsabilidad de fuente contractual o extracontractual, el daño a resarcir comprenderá tanto el patrimonial como el perjuicio.

V. CAUSALIDAD

El daño, para ser resarcible, además de ser daño jurídico, debe estar en relación de causalidad adecuada con el hecho de la persona o cosa a los que se les atribuye su producción. La relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual, que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el factor de atribución, que puede ser de imputación subjetiva u objetiva. En el caso de los árbitros, hemos afirmado la fuente subjetiva de imputación basada en la culpa grave y el dolo.³³³

Gregorini Clusella considera diversos casos de responsabilidad de los árbitros, y señala dos causales genéricas principales:

a) El árbitro oculta causas de excusación que lo descalifican como tal. Por ejemplo, no hace saber que tiene interés propio involucrado en el pleito o ignora razones por las cuales no debe aceptar su designación y que la buena fe impone debe advertir. Si las partes, conociendo las circunstancias objetables, las aceptan expresamente, se podría validar su actuación. Igual situación se produciría si no fueran ciertas las calificaciones personales te-

³³² Por ejemplo, artículo 1197 del Código Civil argentino.

³³³ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *op. cit.*

nidas en consideración al designarlo. Estas causales se refieren a la persona del árbitro.

b) El árbitro acepta su designación, pero no cumple su cometido o lo cumple defectuosamente; es decir, que incurre en incumplimiento. Estas causales se refieren a la tarea del árbitro.

El incumplimiento se presenta por ejemplo si el árbitro deja vencer el plazo sin producir el laudo, en cuyo caso su jurisdicción se habrá extinguido y negándose brindar su *iurisdictio* a quienes lo designaron. Se trata de un incumplimiento si no existió causa justificada y no hubo plazo ampliatorio. Además, el árbitro pronuncia un laudo que contiene causales de nulidad, que lo invalidan cuando es dictado fuera del plazo. La específica jurisdicción arbitral se extingue automáticamente, y a partir de ese momento no se podrán ejercer actos jurisdiccionales. Si el laudo se expide sobre puntos respecto de los cuales las partes no facultaron a los árbitros para pronunciarse, también es causal de nulidad. Sin embargo, si el punto no comprometido es separable del resto sin afectarlo, la nulidad puede ser parcial. Otra causal de nulidad del laudo es si se pronuncia sobre cuestiones no susceptibles de la materia arbitral, sobre las cuales sólo la justicia del Estado puede pronunciarse.³³⁴ El laudo es nulo si omite pronunciarse sobre aspectos comprometidos en el laudo, con lo cual no se decide aquello que se debe resolver. Pero si la omisión versa sobre aspectos secundarios o insustanciales, su consideración puede subsanarse con una aclaratoria. El laudo podría violentar el principio de congruencia exigible en toda resolución jurisdiccional o es manifiestamente arbitrario, y como tal no puede considerarse una derivación razonada del derecho vigente, de acuerdo con las circunstancias probadas de la causa.

En este contexto, Gregorini Clusella distingue entre los árbitros de derecho y los árbitros de equidad, y teniendo en cuenta que estos últimos deciden según convicción y leal saber y entender. No están sometidos a la ley, y las partes conocen al designarlos que se someten a tal particularidad. Finalmente, si el proceso arbitral omite el debido proceso legal provocando que las partes no pudieron ejercer adecuadamente su derecho a defensa, construiría un caso de vicio *in procedendo*, que hace procedente la nulidad, a diferencia de los errores *in iudicando*, que en principio no la hacen posible.

³³⁴ Gregorini Clusellas, Eduardo Luis, *op. cit.*

VI. CARGA DE LA PRUEBA

Quien invoca culpa del árbitro siguiendo el principio general del *onus probandi* deberá acreditarla, como también la existencia de los otros supuestos de responsabilidad. Como es de práctica, quien pretende algo debe probar los hechos que fundamentan su pretensión, y quien contradice la pretensión deberá acreditar los hechos extintivos o las circunstancias impositivas que la contrarrestan. En términos generales, los hechos ilícitos deberán acreditar la concurrencia de sus componentes, verificando la antijuridicidad, la imputación subjetiva, la consistencia del daño y la relación de causalidad con el hecho ilícito para configurar la responsabilidad.

VII. RESPONSABILIDAD DELICTIVA

Gregorini Clusella establece que la responsabilidad del árbitro comienza en el momento del acuerdo respecto a su contratación, y se extiende hasta el periodo posterior a la emisión del laudo, con el que específicamente se concluye la relación contractual. Dado que en un principio no existe un contrato, y al concluir el encargo deja de existir, no aplicaría la responsabilidad contractual, sino la delictiva del artículo 1910 del Código Civil Federal, por actos ilícitos o contra las buenas costumbres. Esta responsabilidad es amplia, e incluye la culpa como requisito subjetivo (acto, culpa, causalidad, daño). De acuerdo con esta norma, la única manera de excusarse sería demostrar que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la contraparte. La mayoría de las faltas que invocan la responsabilidad delictiva no son difíciles de distinguir, como la instauración del tribunal arbitral, o la publicación del árbitro cuando no haya estipulaciones por parte de las partes.³³⁵ En general, la definición de una falta del árbitro que comprende una responsabilidad contractual o delictiva depende del momento en el cual se cometió.³³⁶ Existen por ende obligaciones que pueden crear ambas responsabilidades, dependiendo del momento en que se den dentro del arbitraje. Esto es, por ejemplo, el caso para la obligación de información del árbitro, que será delictiva o contractual, o, dicho de otra forma, cuando la responsabilidad no es contractual, será delictiva.³³⁷ Esto revela la dificultad para definir las obligaciones que deben atender los árbitros. Igualmente, la responsabili-

³³⁵ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 124.

³³⁶ *Ibidem*, p. 124.

³³⁷ *Ibidem*, p. 225.

dad delictiva del árbitro juega un papel respecto a terceros y las obligaciones que escapan a la responsabilidad contractual. Esta condición puede presentarse igualmente en un tribunal arbitral cuando un árbitro cause un daño a otro árbitro. A falta de una relación contractual con los coárbitros, implicaría una responsabilidad delictiva, siempre y cuando no exista un acta de misión firmada por todos. El acta de misión no sólo obliga a los árbitros frente a las partes, sino también entre ellos.

La responsabilidad delictiva requiere de un acto ilícito o contra las buenas costumbres, causalidad y daño. La palabra “ilícito” implica dolo o culpa. La culpa incluye tanto la leve como la grave. Surge la duda acerca de si el árbitro debe estar protegido por actos cometidos con culpa leve. Por un lado, podría argumentarse que como no se ha firmado un contrato, y por ende no se le encargó la función de árbitro, no debería gozar de mayor protección que cualquier otra persona que establece a una negociación contractual y comete un daño a la contraparte o a terceros. Es decir, la protección antes detallada estaría sujeta a que el árbitro se encuentre establecido en sus funciones. Pero este punto de vista no toma en cuenta su función especial de cuasijuez. Por tanto, el árbitro requiere de cierta protección en materia de responsabilidad delictiva. Es decir, el árbitro no es responsable frente a las partes por daño cometido por actos cometidos con culpa leve. Esta aseveración debe ser precisada: la limitación del árbitro en materia de responsabilidad delictiva a la culpa grave y dolo únicamente es aplicable frente a las partes y en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.³³⁸ El mismo argumento del ejercicio de una función de cuasijuez lo requiere así. El árbitro ejerce dicha función sólo frente a las partes y no frente a terceros y sus colegas en un tribunal arbitral con más de un árbitro. Es decir, dado que el árbitro no ejerce una función de juez frente a terceros o sus colegas, no sería necesario extenderle la limitación de responsabilidad. Así, en caso de que el árbitro cause daño a terceros o a sus coárbitros, sería responsable en materia delictiva por cualquier acto ilícito, es decir, por culpa y dolo.

VIII. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL ÁRBITRO

Como establece Montesinos García, los árbitros no incurrirán propiamente en responsabilidad disciplinaria, aunque lo harán con ciertos matices, y reservada a los supuestos en los que sean funcionarios y profesionales colegiados cuando

³³⁸ Así, Sorrente, “Ceux-ci doivent être protégés dans l’exercice de leur fonction juridictionnelle, mais uniquement pour cela”, en Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 232.

de conformidad con las pautas de comportamiento, vigiladas y sancionadas, incumplan determinadas conductas o exigencias con respecto al colegio profesional o institución a la que pertenecen. Los árbitros están en cierto modo exentos de responsabilidad disciplinaria en sentido estricto. El carácter no funcional del árbitro tiene en este aspecto una de sus manifestaciones más claras. Cabe, sin embargo, pensar en una “responsabilidad paradisciplinaria” en relación con el arbitraje institucional, en cuanto que las personas designadas como árbitros pueden estar sometidas, en virtud de su vinculación contractual con la entidad, a determinados comportamientos, cuya exigibilidad dependerá del ámbito legítimo que marque en su desarrollo el principio de autonomía de la voluntad.³³⁹

³³⁹ Montesinos García, Ana, “Los árbitros en el sistema español”, *Lima Arbitration*, núm. 2, 2007, pp. 215 y 230.

CAPÍTULO NOVENO

OBLIGACIONES DEL ÁRBITRO

Después de establecer los actos de negligencia grave y dolo, pero no negligencia leve, habría que discernir las actividades calificadas como negligencia leve y negligencia grave. Previo al análisis de dicho tema, es importante repetir lo que se ha dicho en este estudio. La responsabilidad del árbitro deberá ser analizada siempre en consideración a su función especial. El árbitro no es un servidor de las partes. Tampoco es una simple parte contractual. Su papel va más allá de esas funciones. El árbitro es también juez, cuyas actividades requieren de cierta protección.

La base de su responsabilidad son las reglas generales de responsabilidad contractual, que aplican a todo contrato. El requisito para la responsabilidad es la manifestación de un daño causado por incumplimiento de una obligación.³⁴⁰ Pero en el marco del análisis de la culpa se tiene que discernir si el incumplimiento de la obligación contractual del árbitro fue causado por culpa leve o grave. Otra pregunta sería, si el árbitro debe ser responsable del incumplimiento de terceros. Después de establecer los actos de negligencia grave y dolo, pero no negligencia leve, que pueden causar la responsabilidad del árbitro, es necesario discernir las actividades que califican como negligencia leve o negligencia grave.

Es igualmente necesario cuestionar si el árbitro debe ser responsable por el incumplimiento respecto a terceros. Algunos opinan que las obligaciones del árbitro emanan de su función como tal;³⁴¹ pero esto sería mezclar el nombramiento con la obligación.³⁴² Éstas emanan más bien del contrato junto con la función del árbitro como juez y las leyes aplicables al arbitraje en específico. En el caso de un tribunal colegiado, habría de discernir las obligaciones de cada árbitro. Por un lado, se podría argumentar que todos

³⁴⁰ Mullerat, Ramón y Blanch, Juliet, “The Liability of Arbitrators: A Survey of Current Practice”, *Dispute Resolution International The Journal of the Dispute Resolution Section of the International Bar Association*, International Bar Association, 1, n° 1, June 2007, p. 102.

³⁴¹ Mallarmé, Claude Tribun, “Art. «Arbitrage–Arbitre»”, *Jur. gén.*, núm. 4, 1846, numeral 36, pie de página 1, p. 375.

³⁴² Gal, Jens, *op. cit.*, p. 256.

los árbitros tienen la misma posición y las mismas obligaciones. Esto es cierto, pero al mismo tiempo se puede hacer notar que los tribunales están divididos en un presidente del tribunal y en los otros árbitros. El presidente del tribunal tiene que cumplir con una serie de obligaciones adicionales, porque se encarga del procedimiento, la correspondencia con las partes y la institución arbitral, y, en muchos casos, redacta el laudo. Además, el presidente es quien custodia toda la documentación del caso durante cierto tiempo. Pero lo anterior no justificaría analizar las obligaciones del presidente del tribunal de forma separada o, más aún, adjudicarle un contrato separado de los otros árbitros con las partes.

I. OBLIGACIONES QUE EMANAN DEL CONTRATO ÁRBITRO-PARTES

El incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato entre las partes y el árbitro puede darse por acción u omisión.³⁴³ Para mayor claridad se recomienda reunir las obligaciones en grupos.³⁴⁴ A continuación se analizarán las obligaciones según los grupos sugeridos en la doctrina internacional, sin que se pueda asegurar un repertorio completo de ellos, dado que las obligaciones acordadas en el contrato sólo están sujetas a la iniciativa y negociación de las partes con el árbitro. Nos enfocaremos en las obligaciones más importantes que son inmanentes a la relación árbitro-partes. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, el comportamiento injusto e inequitativo, la obligación de emitir un laudo dentro de un plazo, dilaciones injustificadas, no concluir el encargo, faltas a la confidencialidad, el debido cuidado, diligencia, imparcialidad, negar la ejecución del encargo, renuncia injustificada del árbitro, errores procesales, falta de requisitos en la persona del árbitro, errores en la ejecución de la función, errores en el laudo, motivación del laudo, emitir un laudo ejecutable.

Uno de los principios fundamentales del arbitraje es la independencia del árbitro. Sin ese principio el arbitraje perdería su sentido. Ninguna parte

³⁴³ Franck, S. D., *op. cit.*, pp. 1 y 11.

³⁴⁴ Fouchard, Philippe, *The Status of the Arbitrator—Special Supplement*, ICC Court of International Arbitration, 1995, pp. 12 y 17 y ss; von Mehren, Robert B., “Concluding Remarks”, *The Status of the Arbitrator—Special Supplement*, París, ICC Court of International Arbitration, 1995, p. 126; Mackie, James C. S., “The Grain and Feed Trade Association and Immunity of Arbitrators”, en Lew, Julian D. M., *The Immunity of Arbitrators*, London *et al.*, 1990, p. 111; Sassen-Abfalter, Andrea, *Schiedsrichterhaftung*, tesis de doctorado, Universidad de Viena, Viena, 1996, p. 58.

toleraría un árbitro influenciado o dependiente para decidir la disputa. Al respecto, nota Cremades que la

...independencia arbitral es una de las garantías básicas del arbitraje, necesaria para el desempeño de cualquier órgano que ejerza jurisdicción o lleve a cabo una función equivalente. El árbitro debe permanecer independiente e imparcial respecto a las partes, principio que hoy en día se encuentra aceptado en la mayoría de las legislaciones nacionales y reglamentos arbitrales.

El principio de imparcialidad se establece en el artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje española. El árbitro debe permanecer independiente e imparcial, y no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. El artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje española (LA) exige al árbitro que revele todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes. Las partes podrán recusar al árbitro cuando concurran en el árbitro circunstancias que pongan en duda su imparcialidad o independencia. Fouchard apunta que la imparcialidad del árbitro es un estado en el que entran en juego parámetros subjetivos. El artículo 17.1, LA, confirma el deber del árbitro de "...permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial..."; no puede "...mantener con las partes relación personal, profesional o comercial". Para garantizar este deber, el artículo 17.2, LA, requiere a la persona que se proponga como árbitro "...revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia..."; y "...en cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes...". Cuando concurran en el árbitro circunstancias que cuestionen su imparcialidad o independencia, éste podrá ser recusado. Mucho se ha analizado por la doctrina sobre la definición y extensión de la independencia y la imparcialidad del árbitro. La primera apunta una situación de hecho susceptible de verificación objetiva. La segunda, sin embargo, alude a un estado mental del árbitro en el que, por lo tanto, entran en juego parámetros subjetivos. La imparcialidad constituye una cualidad esencial de todo juzgador, ya sea árbitro o juez; pero la dificultad de su prueba objetiva requiere la remisión a situaciones de hecho objetivas, como la verificación de independencia respecto a las partes. Los vínculos de dependencia con alguna de las partes proporcionan indicios suficientes de que no se satisfacen las cualidades de imparcialidad que deben ser cumplidas por todo juzgador para asegurar un proceso justo.

El artículo 17, LA, ha optado por requerir al árbitro que sea independiente e imparcial, con carácter general, que “...no es lo mismo que no incurrir en ninguna de las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados, recogidas en... el artículo 219 LOPJ”. Como explica la exposición de motivos de la LA, el legislador español ha optado por una cláusula general sobre independencia e imparcialidad, al considerar que las causas de recusación de jueces y magistrados no siempre son aplicables o adecuadas en materia arbitral. De esta manera, “...no aspira a cerrar y agotar las causas de recusación en un listado, porque son las partes —y no las leyes— las que deben hablar de ello en primer lugar”. Pero el árbitro siempre está sujeto a ciertas influencias y reglas. Por ejemplo, la institución arbitral que administra el arbitraje interfiere en el procedimiento arbitral. Las instituciones de arbitraje han definido obligaciones que los árbitros adscritos a estas instituciones deben seguir, a riesgo de ser vetados de la lista de árbitros o perder su reputación, fundamental para un árbitro. Como establece Sorrente, la decisión imparcial del árbitro forma el punto medular de la pregunta sobre su responsabilidad.³⁴⁵ Dicho de otra forma, la responsabilidad del árbitro se establece muchas veces sobre su falta de independencia. La independencia del árbitro garantiza la integridad del laudo. Pero el árbitro se encuentra por lo general dentro de una estructura que le impone reglas. Por un lado, las instituciones arbitrales le imponen su reglamento. Por el otro, las partes definen el curso a seguir en el arbitraje y, más importante, remuneran al árbitro. El árbitro no se encuentra libre de influencias, pero es fundamental que sea imparcial al rendir el laudo. Resistir a las influencias inherentes al procedimiento arbitral, los intentos de las partes para influir en el árbitro de forma psicológica, con táctica procesal, argumentos jurídicos u otros métodos, quizá hasta moralmente desdeñables o ilegales, requiere probidad e independencia del árbitro.

Por lo tanto, la irresponsabilidad del árbitro se fundará en la falta de cumplimiento de las obligaciones que las partes, mediante el contrato y la institución arbitral, le hayan impuesto, así como de las obligaciones generales inherentes a cualquier arbitraje.

Por lo tanto, es importante describir las obligaciones del árbitro que emanan del contrato con las partes. Estas obligaciones se pueden dividir según Sorrente en dos grupos: las jurisdiccionales o relacionadas con la función de juez, y las contractuales específicas.³⁴⁶ Al aceptar el encargo, el árbitro acepta también cumplir con la totalidad de las obligaciones inherentes

³⁴⁵ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 227.

³⁴⁶ *Ibidem*, pp. 233 y 257.

al contrato. Este trabajo no tratará de describir todas las obligaciones existentes, porque el listado no podría ser completo. De acuerdo con el principio de la autonomía contractual de las partes, éstas pueden acordar tantas obligaciones como la imaginación y la negociación les permita. Nos enfocaremos en las más importantes, necesarias para el buen desarrollo de cualquier arbitraje. La definición clara de las obligaciones del árbitro desde un principio es esencial para la toma de decisiones y la aceptación de las partes del laudo. De lo contrario, las partes pueden suponer que la decisión no se tomó de forma independiente. En este contexto, la parte perdedora podría buscar la anulación del laudo y demandar al árbitro por daños y perjuicios.

Como se mencionó previamente, los árbitros no sólo tienen obligaciones frente a las partes, sino también hacia las instituciones arbitrales y sus coárbitros. Las obligaciones se encuentran reguladas principalmente en el contrato entre las partes y el árbitro, pero también en la ley aplicable a dicho contrato, las leyes locales aplicables al procedimiento arbitral, como en el caso mexicano de los artículos 1415 al 1480 del Código de Comercio, el acta de misión, el contrato de arbitraje, y las reglas de las instituciones arbitrales.³⁴⁷ Los reglamentos de las instituciones de arbitraje permiten discernir las obligaciones del árbitro. Así, las partes no tienen que especificarlas individualmente en el contrato. De no establecer claramente las obligaciones, a las partes se les complicará responsabilizar al árbitro. Tendrán que basarse en obligaciones implícitas que acarrearán problemas de definición y evidenciación en un litigio. La regulación mexicana en el Código de Comercio es muy escueta con relación a las obligaciones del árbitro. Tampoco la doctrina mexicana se ha extendido en la dilucidación de las obligaciones del árbitro.³⁴⁸ A diferencia del juez, quien puede atenerse a un sistema claro de responsabilidades y protección de sus funciones, el árbitro está sujeto a un

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 229.

³⁴⁸ Uno de los pocos que han tocado el tema en la doctrina mexicana es González de Cossío, Francisco, *El árbitro...*, *cit.*, pp. 43 y ss.; para Francia: C. cass. 28 oct. 1987, SARL Bureau Qualitas et Conte c/ Viet et Boudy: *Rev. Arb.* 1988, p. 149, note Ch. Jarrosson; Fouchard, Philippe: *Le statut de l'arbitre...*, *cit.*, p. 325, núm. 63-93; Fouchard, Philippe *et al.*, *Traité de l'arbitrage...*, *cit.*, núm. 1126-1168; Linant de Bellefonds, Xavier y Hollande, Alain, *L'arbitrage*, Paris, éd. Puf, 1995, p. 60; para Suiza: Hoffet, Franz, *op. cit.*; para Austria: Hausmaninger, Christian, "Rights and Obligations of the Arbitrator with Regard to the Parties and the Arbitral Institution-A Civil Law Viewpoint", *The Status of the Arbitrator, Bulletin Special Supplement*, ICC International Court of Arbitration, 1995, p. 36; para Canadá: Smith, Murray L., *op. cit.*, p. 17; para Inglaterra: Mustill, Lord Michael John y Boyd, Stewart Crauford, *Commercial Arb...*, *cit.*, spec. núm. 17.

sinnúmero de regulaciones, tanto estatales como privadas.³⁴⁹ Por lo tanto, es imperativo que se esclarezcan sus obligaciones mediante el contrato y las leyes aplicables. Esto le proporcionará al árbitro claridad sobre sus límites, y a las partes, seguridad de que el árbitro se manejará dentro de los parámetros legales y contractuales.

El enfoque sobre la base contractual de las obligaciones del árbitro no debe dejar de lado las obligaciones que emanan de la relación no contractual con terceros. En materia de responsabilidad delictiva, la parte que demande al árbitro deberá no sólo comprobar el acto, sino también el daño y la causalidad entre ambos. Tratándose de obligaciones jurisdiccionales, las partes únicamente tendrían que probar la falta sin necesidad de probar un daño. De acuerdo con la Suprema Corte de Alemania, el contrato privado entre las partes y el árbitro sienta las bases para la obligación general del árbitro para llevar el juicio de la mejor forma posible y decidir la disputa de acuerdo con los términos convenidos con las partes dentro de un margen de estado de derecho y de forma expedita.³⁵⁰ Adicionalmente, el árbitro deberá obedecer a una serie de obligaciones pre y postcontractuales, que en su conjunto aseguran un procedimiento justo y equilibrado.³⁵¹ A continuación se describirán las principales obligaciones jurisdiccionales de árbitro.

1. *Conducción del arbitraje*

Mediante el contrato las partes le transfieren al árbitro la facultad de dirimir la controversia y dirigir el arbitraje.³⁵² Este contrato le confiere al árbi-

³⁴⁹ Linsmeau, Jacqueline, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 118 y ss.

³⁵⁰ BGH, Urt. V. 5.5.1986—III ZR 233/84 (Hamburg); BGHZ 98, 32, 34; además, Albers, Jan, “Buch 10 Schiedsrichterliches Verfahren”, en Baumbach, Adolf, Lauterbach, Wolfgang, Albers, Jan, Hartmann, Peter, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*, München, 2006, Anhang nach Paragraph 1035, número al margen 5; Geimer, Reinhold, en Zöller, Richard *et al.*, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen-Kommentar*, Köln, Otto Schmidt, 2007, Paragraph 1035, número al margen 29; Henn, Günter, *Schiedsverfahrensrecht—Ein Handbuch*, Heidelberg, Müller Jur. Verl., 1991, número al margen 143.

³⁵¹ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1856.

³⁵² Artículo 1435, párrafo segundo, Código de Comercio: “Artículo 1435.- ... A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas”.

tro poder para tomar decisiones procesales y conducir el procedimiento. El árbitro siempre debe conducirse de acuerdo con la voluntad de las partes. El manejo del arbitraje tiene un efecto sobre el laudo. Una mala conducción puede llevar a la anulación del laudo.³⁵³ Cabe notar que el artículo 1435 del Código de Comercio establece que el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje. En un amparo³⁵⁴ ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación se cuestionó la constitucionalidad del artículo. Se argumentó que ese artículo no contenía las formalidades esenciales del procedimiento para el arbitraje, porque no establecía el ofrecimiento y desahogo de pruebas y alegatos. Tampoco contenía reglas sobre la facultad del tribunal para establecer plazos y formas para el desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes. Así, la norma no les proporcionaba a las partes la posibilidad real de defender sus intereses, porque corresponde al tribunal establecer las reglas del procedimiento arbitral. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que el artículo 1435 del Código de Comercio forma parte de un sistema procesal, y que había que relacionarlo con los demás artículos de ese sistema.³⁵⁵

La constitucionalidad de un precepto que forme parte de un ordenamiento procesal debe analizarse en relación con los diversos numerales del cuerpo jurídico de que se trata, en forma sistemática, acudiendo, inclusive, ante un vacío legal, ya sea a las fuentes de supletoriedad que el respectivo ordenamiento establezca o a su integración, en términos del último párrafo del artículo 14 constitucional; valorando si el referido vacío legal se debe a una omisión del legislador, o si, por el contrario, a su intención expresa... La Sala señaló que, para el caso concreto, sólo la integración legal del sistema procesal que contiene al numeral 1435 del Código de Comercio, pudo llevar a determinar si éste satisfacía o no la garantía de seguridad jurídica, relativa al cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, para lo cual fue menester desentrañar el verdadero alcance del Título Cuarto, del Código de Comercio, “del arbitraje comercial” del cual forma parte el multicitado numeral. De esta forma, se concluyó que los argumentos vertidos resultaban infundados, en virtud de que el artículo 1435 del Código de Comercio, no es violatorio del artículo 14 constitucional, pues constriñe —tanto a las partes como al Tribunal de arbitraje— en la sustanciación del procedimiento arbitral, a sujetarse a las disposiciones del Título Cuarto, del Libro Quinto, del mencionado Cód-

³⁵³ Clay, Thomas, *L'arbitre...*, cit., núm. 789.

³⁵⁴ Amparo en Revisión 759/2003, Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (exp. origen: d.a. 528/2002-6856), Primera Sala, sesionado el 12/11/2003.

³⁵⁵ González de Cossío, Francisco, *El árbitro...*, cit., p. 44.

go, apartado que entre sus disposiciones prevé la presentación de la demanda, su contestación, ofrecimiento y desahogo de pruebas, formulación de alegatos y dictado de la resolución, formalidades esenciales del procedimiento exigidas por el artículo 14 constitucional, agregando que el Tribunal de arbitraje no cuenta con facultades omnímodas para dirigir el procedimiento, desde el momento en que tiene que ajustarse, primero al procedimiento pactado por las partes y, en su defecto, al que considere apropiado, pero siempre constriñendo su actuación al citado Título Cuarto, del Libro Quinto, del Código de Comercio. Así se desprende del texto del artículo 1435 del Código de Comercio, pues, conforme a la literalidad del precepto, ante la falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en el Título Cuarto, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado.

Lo anterior se corrobora en el contexto de los artículos 1434, 1435, 1436, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442 y 1443 del Código de Comercio; pues dada su correlación, se infiere que, en lo relativo a la oportunidad de defensa, las partes dentro del procedimiento arbitral cuentan: 1) con la oportunidad de ofrecer las pruebas en que funden su defensa, 2) con los plazos para su ofrecimiento y forma de desahogo, y 3) con la facultad de formular alegatos, ya que la facultad que se confiere al Tribunal de arbitraje por el numeral 1435 del Código de Comercio, en relación con el procedimiento, se encuentra acotada por las disposiciones del Título Cuarto, del Libro Quinto de la referida codificación. De suerte tal que resulta intrascendente, y no para perjuicio de la recurrente, que el legislador no haya establecido, en el artículo 1435 citado, todas las normas procesales necesarias para el desenvolvimiento del procedimiento arbitral, ya que lo relevante es que dicho Título sí establece las formalidades esenciales del procedimiento. Por consiguiente, las facultades del tribunal de arbitraje, en particular las de establecer las reglas del procedimiento arbitral inherentes al ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, como de alegatos, por el contenido propio del artículo 1435 del Código de Comercio y del Título Cuarto del Libro Quinto de la misma codificación, no son absolutas ni omnímodas, sino que, por el contrario, se encuentran limitadas a no contravenir el contenido del referido Título, el cual, como ya se vio, salvaguarda las formalidades esenciales del procedimiento que tutela el artículo 14 Constitucional.³⁵⁶

³⁵⁶ Sánchez, Cordero de García Villegas, Olga, “Dirigir el procedimiento. Primer paso para un pluralismo jurídico y un derecho siempre en construcción”, participación de la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en el desayuno de trabajo de la Comisión de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, Ciudad de México, el 5 de octubre de 2004, pp. 8 y 9.

Establece González de Cossío que, respecto a la legalidad, el ejercicio de esta facultad debe seguir un proceso debido, con un trato igualitario a las partes.³⁵⁷

2. Debido proceso

De acuerdo con González de Cossío, el árbitro debe dar a las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos. El contenido y alcance de este principio varía. Algunos reglamentos hablan de darle “suficiente”³⁵⁸ oportunidad a las partes para que hagan valer sus derechos, mientras que otros mencionan otorgar una oportunidad “razonable”.³⁵⁹ La reglamentación mexicana va más allá, y requiere en su artículo 1434 del Código de Comercio, que el tribunal arbitral debe dar a las partes “plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. El adjetivo “plena” ha sido objeto de discusión doctrinal en cuanto a su alcance. Hay quienes opinan que la palabra “plena” excluye cualquier limitación al derecho de las partes. Otros adoptan un enfoque más circunstancial, es decir, depende de las circunstancias del caso específico, de los demás aspectos del procedimiento, y de que, al optar por el arbitraje, las partes necesariamente quisieron evitar formalismos o retrasos innecesarios si las medidas adoptadas por el tribunal les dieron plena oportunidad a las partes. Es el tribunal arbitral el que decide si se otorgó suficiente espacio para que las partes expresen su caso. Al respecto, sugiere González de Cossío que los árbitros en caso de duda adopten una postura conservadora sobre las medidas/decisiones que pueda parecer que le restan a una parte su derecho a presentar plenamente su caso. Asimismo, se deben documentar con detalle en el laudo los motivos por los cuales el tribunal optó por cierta medida que pudiera parecer que incumple el principio.³⁶⁰ Además, los jueces que conozcan de la posible nulidad del laudo deben considerar que cuando una medida adoptada por un tribunal arbitral parezca no haberle permitido a una parte ejercer sus derechos, debe contrastar con el “hecho que el tribunal es quien tiene mayor conocimiento sobre el caso

³⁵⁷ González de Cossío, Francisco, *El árbitro...*, cit., p. 45.

³⁵⁸ Segundo párrafo del artículo 15(2) del Reglamento CCI: “En todos los casos el Tribunal Arbitral deberá... asegurarse que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”, citado en *idem*.

³⁵⁹ Segundo párrafo del artículo 21 de las Reglas CAM, que dice “...el Tribunal Arbitral deberá actuar... otorgando a las partes una oportunidad razonable de presentar sus argumentos”, citado en *idem*.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 46.

y que tiene la misión de seguir el procedimiento con celeridad y orden, por lo que es recomendable que sólo en casos extremos o claramente injustos se le reste validez a un laudo con fundamento en esta circunstancia”.³⁶¹ Continúa diciendo González de Cossío, que el alcance de lo que debe entenderse por un “debido proceso” varía, pero en la medida en que no se haya cerrado la etapa de instrucción o sea contrario a la organización que el tribunal haya establecido, el tribunal siempre tendrá que recibir de todas las partes los escritos donde hacen valer sus pretensiones. El tribunal debe permitir a todas las partes, presentar pruebas y demás medios de defensa, y darles la oportunidad de desahogarlos antes de emitir el laudo, siempre que respeten la organización establecida por el tribunal. Adicionalmente, es indispensable que el tribunal escuche los alegatos de las partes y les permita exponer sus respectivas pretensiones y defensas. El tribunal debe cerciorarse de que ambas partes tengan acceso a toda la información presentada al tribunal. Finalmente, no debe limitarse el derecho para probar ni para alegar, excepto cuando se trate de peticiones inconducentes o que únicamente tiendan a retrasar el procedimiento.³⁶²

3. Igualdad

Otro principio relacionado con la conducción del procedimiento arbitral es la equidad. El árbitro debe tratar a las partes de idéntica forma. Este principio está consagrado en el artículo 1434 del Código de Comercio, que establece: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. Esto implica que durante todo el procedimiento arbitral las partes deben enfrentarse el uno ante el otro en un plano que no presente situaciones que beneficien a una de las partes u obstaculicen a la otra.³⁶³ Por ejemplo, no se puede permitir a una parte ofrecer una prueba que no se le permita a la otra. Además, no debe darse un plazo más amplio para una de ellas si no se da también a la otra; no puede permitirse que una alegue y la otra no.³⁶⁴ En la práctica internacional del arbitraje no parece haber muchas demandas basadas en una mala conducción del procedimiento.³⁶⁵ Las partes suelen demandar cuando

³⁶¹ *Idem.*

³⁶² *Idem.*

³⁶³ *Ibidem*, p. 47.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 46.

³⁶⁵ Schwarz, Eric A., *op. cit.*, p. 93.

se les niega tanto una prórroga de plazo como la designación de un experto específico o no se respeta una demora.³⁶⁶ Normalmente los árbitros deben conducir el procedimiento de acuerdo con la voluntad de las partes. Pero asimismo el tribunal arbitral dispone, con base en su autoridad jurisdiccional, de prerrogativas propias relativas a la organización del proceso.³⁶⁷ Esto le permite al árbitro evitar aplicar ciertos acuerdos entre las partes que pudieran entorpecer el procedimiento. De todos modos, tanto el árbitro como las partes deben siempre tener en mente la celeridad del proceso y evitar acciones que lo contravengan.³⁶⁸ Pero si tal disposición fue acordada entre las partes antes de que se firmara el contrato, el árbitro deberá aplicarlo; de lo contrario, podría estar sujeto a responsabilidad.³⁶⁹ El árbitro debe tomar en cuenta una serie de detalles al organizar el procedimiento, como las audiencias, presentación de pruebas y testigos, control de documentos, presentación de expertos, entre otros.³⁷⁰ Para facilitar todo este trabajo, los tribunales pueden apoyarse en los servicios de un secretariado, limitado a las tareas administrativas. El secretariado obtiene por ejemplo fechas y lugares tentativos de las partes para audiencias. El árbitro puede concentrarse en la parte jurisdiccional y material del arbitraje y evitar que haya excesivo contacto con las partes; sin embargo, no debe permitir que el secretariado tome totalmente el control del procedimiento; además, vigilará que se limite a tareas administrativas.³⁷¹

³⁶⁶ Bull. civ. I, núm. 462, p. 390; Le Dalloz, 2006. 274, P-Y Gauthier; *Rev. Arb.*, 2006, núm. 1, p. 126, observ. Ch. Jarrosson; J. C. P., ed G., 2006.II. 10066, p. 852; E. Loquin, R. T. D. com., 2006, p. 299.

³⁶⁷ Cass. 1e civ., 8 déc. 1988, *Rev. Arb.*, 1989-482, nota Ch. Jarrosson; artículo 19 de las Reglas de Arbitraje de la CCI de 2012: “Normas aplicables al procedimiento. El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determine ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”; artículo 22, segundo párrafo: “Conducción del arbitraje. Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes”.

³⁶⁸ Artículo 22, primer párrafo, de las Reglas de Arbitraje de la CCI: “Conducción del arbitraje. El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia”.

³⁶⁹ Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 234.

³⁷⁰ Paris, 3 déc. 1998, Société ITP Interpipe, *Rev. Arb.*, 1999-601, note Ch. Jarrosson, RDAI, 2000, p. 123, observaciones Ch. Imhoos.

³⁷¹ Paris, 19 mai 1998-3 déc. 1998-19 janv. 1999, *Rev. Arb.*, 1999-601, nota Ch. Jarrosson, Qui tient les rênes de l'arbitrage? Volonté des parties et autorité de l'arbitre; Cass. 1e civ., Eurodif, *Rev. Arb.*, 1989, p. 481; Bolard, G., “L'arbitraire du juge”, *Le juge entre deux millénaires*,

4. *Reacción a la solicitud de árbitro*

Las partes tienen derecho a recibir del árbitro una respuesta rápida sobre su interés y su disposición, porque una dilación puede llevar a complicaciones y costos.³⁷² Claro está que el árbitro, antes de tomar una decisión, deberá tener claro el ámbito y alcance de la disputa. Esto tiene relación con el interés de las partes a una solución rápida de su disputa. El árbitro, al enterarse de su nombramiento, debe inicialmente analizar si tiene capacidad para conducir el arbitraje. En países germánicos la falta en tal sentido acarrea una responsabilidad para el árbitro.³⁷³ De acuerdo con Gal, no se trata de que el árbitro tenga que rechazar el nombramiento por ciertas razones, sino que lo haga de forma expedita si no quiere actuar como árbitro.³⁷⁴ Esta obligación no es contractual, porque no se ha celebrado ningún contrato, ni siquiera oralmente. Apenas las partes le comunicaron al árbitro su solicitud. La obligación a una respuesta expedita resulta del derecho civil general, pero no conlleva una responsabilidad civil del árbitro. La falta de respuesta del árbitro tiene el efecto de que la solicitud de las partes se vuelve obsoleta.³⁷⁵ Además, el árbitro debe tomar consideración de los derechos jurídicos e intereses de las partes.

5. *Corrupción*

Queda claro que el árbitro que se deje prometer cualquier ventaja como contraprestación para su encargo que no fuera parte de la contratación y del acuerdo normal puede incurrir en actos de corrupción penalizados por el Código Penal Federal. Tal es el caso cuando el árbitro le pide a una parte o dicha parte le ofrece al árbitro dinero, una ventaja, un regalo o cualquier otro favor sin informar a la otra parte. También incluye trabajos o encargos remunerados adicionales para el árbitro.³⁷⁶ Si se pueden comprobar las ac-

Mélanges P. Drai, Paris, Dalloz, 2000, p. 245; Mayer, Pierre, "Imperium de l'arbitre et mesures provisoires", *Études de procédure et d'arbitrage*, *Mélanges J-F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 437, todos citados en Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 235.

³⁷² Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1855.

³⁷³ Gal, Jens, *op. cit.*, p. 260.

³⁷⁴ Tessmer, Hugo, *Das Schiedsrichterverfahren nach deutschem Recht: Ein Lehr- und Handbuch für Laien und Juristen*, Leipzig, 1915, p. 176, p. 25; Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1858.

³⁷⁵ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1861.

³⁷⁶ *Ibidem*, número al margen 1870.

ciones delictivas, la otra parte podrá no sólo actuar de forma penal en contra del árbitro, sino también demandarlo por daños y perjuicios que hayan resultado por la dilatación o quizá del fracaso del arbitraje.

6. *Revelación de conflictos de interés*

Las partes tienen interés en elegir al árbitro idóneo. Para ello dependen de la información que proporciona el propio árbitro sobre sí mismo. Los árbitros tienen la obligación de revelar conflictos de interés.³⁷⁷ Por lo general, y especialmente en arbitrajes de demandas cuantiosas, se puede observar un esfuerzo muy importante por las partes para sondear y escoger al mejor árbitro. En algunos casos se hacen estudios sobre las decisiones tomadas y los artículos escritos por los posibles candidatos. Se analiza su forma de tomar decisiones, argumentar, tratando de discernir ciertas tendencias. Se elaboran fichas técnicas sobre posibles candidatos para tomar una decisión informada. Los árbitros deben responder las preguntas de las partes de forma veraz y completa. En caso de conflicto, los árbitros deberán informar sobre las restricciones y, de ser posible, obtener el permiso para revelar la información solicitada. Resulta incompatible con la obligación de revelación proporcionar demasiados datos del caso, ya que las partes podrían distinguir el caso específico. Lo anterior transgrede la obligación de confidencialidad. La obligación incluye revelar cualquier información que no haya sido solicitada, pero que pueda relacionarse con un posible conflicto de interés.³⁷⁸ Esta obligación de revelar conflictos de interés se ve plasmada en el artículo 1428 del Código de Comercio:

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.

Esta obligación subsiste por la duración del arbitraje. En caso de que se diera una situación que pudiera provocar un conflicto de interés, el árbitro

³⁷⁷ Hwang, Michael *et al.*, “Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties”, en Rovine, Arthur (ed.), *Contemporary issues in International Arbitration and Mediation*, the Fordham Papers, 2008, p. 226.

³⁷⁸ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1873.

deberá hacerla saber. Las partes son quienes deciden, con base en la información proporcionada por el árbitro, si lo escogen. Es importante que el árbitro no filtre la información que proporcionan. Podría ser que no la considere significativa, pero las partes sí. En primera instancia, el árbitro debe informar a la parte que le pregunte. De acuerdo con algunas opiniones, en el momento que reciba la solicitud de una parte, el árbitro debe revelar a las partes todas las circunstancias relacionadas.³⁷⁹ Sin embargo, mientras no exista un vínculo contractual que una a ambas partes con el árbitro, lo anterior no me parece justificable. Por lo general, cada parte nombra a su árbitro, y la comunicación inicial sólo es entre ellos. Una vez nombrado el árbitro por una parte y aceptado el encargo, la obligación de revelación de información se amplía a todas las partes involucradas.³⁸⁰ Lo previamente expuesto no aplicaría en caso de un solo árbitro, quien sí debería revelar desde un principio a ambas partes las circunstancias. Por lo general, estas circunstancias son reveladas por escrito, aunque el artículo 1428 del Código de Comercio no lo exija. El hecho de que el árbitro haya omitido revelar información puede ser un indicio para dudar de su imparcialidad e independencia,³⁸¹ y podría encausar su responsabilidad.³⁸² En el peor de los casos, el laudo puede ser anulado por falta de revelación de todas las circunstancias. Por lo tanto, es recomendable, con las limitaciones antes mencionadas, que los árbitros revelen circunstancias y hechos. En caso extremo, el árbitro deberá negar el encargo sin proporcionar razones, para no entrar en un conflicto de interés y no revelar información confidencial. En despachos de abogados internacionales es probable que una oficina foránea haya colaborado con la contraparte o con un miembro del grupo comercial en algún momento. El llamado “*Chinese Wall*” no es una excusa para no revelar esta información. Serán la o las partes quienes decidan si le encargan

³⁷⁹ Schütze, Rolf A., *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 4a. ed., NJW Praxis, München, C. H. Beck, 20016, número al margen 38.

³⁸⁰ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 616.

³⁸¹ Craig, William Laurence *et al.*, *International Chamber of Commerce*, 3a. ed., New York, Oceania Publications Inc., 2000, pp. 215 y ss; Raeschke-Kessler, Hilmar y Berger, Klaus Peter, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3a. ed., Köln, 1999, número al margen 480.

³⁸² Suprema Corte de Austria (OGH), Urteil vom 24.8.1998–1 Ob 253/97 f, BB 1999, Beilage 11, pp. 7, 8 y ss, respecto a la responsabilidad del árbitro de acuerdo con el derecho alemán, la Suprema Corte austriaca negó al árbitro el privilegio de inmunidad del derecho alemán relacionado con la toma de decisión, porque la obligación de revelar las circunstancias no forma parte de la toma de decisión; también invalidó la cláusula de exclusión de responsabilidad en el reglamento de arbitraje como una cláusula inválida de los términos y condiciones; citado en Gal, Jens, *op cit.*

la disputa al árbitro o no.³⁸³ Si el árbitro no revela todas las circunstancias sobre su independencia o las falsifica, será responsable por el daño y perjuicio que cause.³⁸⁴ Resulta interesante analizar si el árbitro debe revelar circunstancias de sus coárbitros, de las que se entere, y que puedan dejar en tela de duda su independencia. Esta información podría surgir dentro de las deliberaciones de los árbitros. Por lo general, estas deliberaciones están protegidas por el secreto judicial. Pero se debe contraponer el derecho de las partes a conocer todas las circunstancias que puedan dejar en duda la independencia del árbitro. Este derecho forma parte del principio fundamental del Estado de derecho y de la legalidad, que es más importante que el secreto de la deliberación por los jueces.³⁸⁵ Lo anterior no implica una obligación de los coárbitros de renunciar a su encargo cuando se enteren de que un colegiado es independiente.³⁸⁶ Las partes están suficientemente protegidas por su derecho de recusación del árbitro. Sin embargo, los coárbitros deberían tener el derecho o la obligación de denunciar al coárbitro. Todo esto permite mantener la legalidad y el Estado de derecho.³⁸⁷

7. *Nombramiento del presidente del tribunal*

El nombramiento de los árbitros puede ser hecho por las partes o por los tribunales ordinarios, y cabe la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que cause.³⁸⁸ El derecho aplicable establece que los árbitros nombrados por ambas partes deberán nombrar al tercer árbitro, presidente del tribunal.³⁸⁹ Los árbitros tienen la obligación de aplicar la prudencia y el cuidado necesario durante el nombramiento, así como observar todas las indicaciones hechas por las partes. Si los dos árbitros no logran ponerse de acuerdo, deberán comunicar este hecho lo antes posible para no obstruir el procedimiento y permitir el nombramiento de otra forma.

³⁸³ BGH, Urteil v. 4.3.1999–III ZR 72/98 (Frankfurt a. M.); en este caso la demanda contra el árbitro fue negada por la Suprema Corte alemana.

³⁸⁴ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, cit., número al margen 1874.

³⁸⁵ OLG Kiel, Urteil v. 18.5.1927–4 U 60/27, JW 1927, 1656.

³⁸⁶ RG, Urteil v. 20.12.1929–VII 235/29 (KG), RGZ 126, pp. 379 y 382.

³⁸⁷ Maier, Hans Jakob, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit. Ein Handbuch der deutschen und internationalen Schiedsgerichtspraxis*, Herne, Berlin, Verl. Neue Wirtschafts-Briefe, 1979, número al margen 203; Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, cit., número al margen 1875.

³⁸⁸ Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 81.

³⁸⁹ Artículo 1427, CoCom.

También es posible que en el nombramiento los árbitros cometan errores evitables que lleven al nombramiento de un presidente cohibido, sin suficiente experiencia técnica o inadecuado.³⁹⁰ Si los árbitros por negligencia omitieron indagar suficientemente posibles conflictos de interés, habría que analizarse una posible responsabilidad. Cada árbitro, o en su caso terceros o la institución de arbitraje, deberá verificar y comprobar con honradez y en conciencia cuáles son los conocimientos y la experiencia con las que deba cumplir el árbitro presidente para el caso en específico.³⁹¹ Si se toma en cuenta la figura del mandato, habría que tomarse en cuenta que en caso de que el mandatario le encargara el asunto a un tercero, el mandatario sólo es responsable por una culpa en el encargo.³⁹² Sin embargo, no es el caso cuando los árbitros nombran al tercer árbitro, porque no le estarían encomendando su propio encargo. Más bien estarían incluyendo a una tercera persona al arbitraje por encargo de las partes. Esta persona estaría ejerciendo su propia función, tendría sus propias obligaciones y su propio encargo.³⁹³ De esta situación surgió en el derecho alemán una figura jurídica. Quien deba incluir a terceras personas para llevar a cabo una tarea que le fue encomendada es responsable por lo que a la elección se refiere por la debida diligencia y el cuidado que debió haber aplicado en dicha elección.³⁹⁴ Esta figura se conoce como *culpa in eligendo*.³⁹⁵ Los árbitros que no cumplan con esta obligación son responsables por el daño causado con base en la figura de *culpa in eligendo*. Como cualquier responsabilidad del árbitro, es necesario limitarla dentro del margen de la función que ocupa. Por ende, es deseable que una responsabilidad por *culpa in eligendo* se limite a los casos en los cuales el árbitro que no haya sido elegido con la debida diligencia y cuidado, haya sido recusado exitosamente por no cumplir con los requisitos necesarios. Como consecuencia, el arbitraje se debe demorar, o incrementar su costo.³⁹⁶

³⁹⁰ Bucher, Eugen, “Zur Unabhängigkeit des Parteibenannten Schiedsrichters”, en Merz, Hans y Schluep, Walter R. (eds.), *Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*, Bern, 1980, p. 600.

³⁹¹ Raeschke-Kessler, Hilmar y Berger, Klaus Peter, *op. cit.*, nota al margen 514 y ss.

³⁹² La llamada sustitución, artículo 664, párrafo primero, segunda frase, del BGB.

³⁹³ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1879.

³⁹⁴ BGH, Urt. V. 4.6.1987-I ZR 159/85 (Hamburgo), NJW-RR 1987, pp. 1252 y 1253.

³⁹⁵ Fikentscher, Wolfgang, y Heinemann, Andreas, *Schuldrecht*, 10a. ed., Berlín, De Gruyter, 2006, p. 318.

³⁹⁶ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1879; Lachmann admite que la fundamentación dogmática de esta limitación es difícil de argumentar.

8. *Obligación de colaborar y promocionar el arbitraje*

Otra obligación de los árbitros es promover un procedimiento arbitral expedito, siempre tomando en cuenta los principios de legalidad y estado de derecho, que inclinan a las partes a decidir por el arbitraje. El arbitraje no debería tardar más que un procedimiento judicial.³⁹⁷ También la Suprema Corte alemana estableció que los árbitros tienen la obligación de llevar a cabo un procedimiento expedito.³⁹⁸ El árbitro no puede excusarse por exceso de trabajo. Al aceptar el encargo debió haber comprobado que contaba con la infraestructura, equipo, capacidades y tiempo necesarios para llevar a cabo el arbitraje en tiempo y forma.³⁹⁹ Un árbitro que por exceso de trabajo no pueda llevar a cabo el arbitraje en tiempo y forma deberá rechazar el encargo.⁴⁰⁰ Aunque el artículo 1429 Código de Comercio únicamente establece como causa de recusación de un árbitro circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la (i) imparcialidad del árbitro o su (ii) independencia, o si no posee las (iii) cualidades convenidas, podría discutirse si ese catálogo deba ampliarse por demora o dilatación no excusable del procedimiento. Sin embargo, los autores de la ley aplicable resolvieron que el catálogo de causas sólo debería incluir las tres causas antes mencionadas.

9. *Obligación de toma de decisión*

El árbitro debe procurar un procedimiento apegado a derecho que lleve a una decisión correcta. El árbitro tiene la obligación de investigar los hechos, formular las preguntas necesarias y resolver la disputa tomando en cuenta la jurisprudencia y doctrina aplicables. El árbitro no tiene que seguir la opinión de la mayoría de la doctrina o de los tribunales, pero deberá analizar, discutir y argumentarlas. En general, no se le pueden aplicar los mismos estándares de exigencia de una sentencia judicial al laudo,⁴⁰¹ pero el laudo debe cumplir con ciertos requisitos mínimos y analizar las defensas

³⁹⁷ Wieczorek, Bernhard y Schütze, Rolf A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar, Band 5 Paragrafen 916–1048*, vol. 5, 4a. ed., Berlin y Boston, De Gruyter Recht, 2013, párrafo 1032, número al margen 11.

³⁹⁸ BGH, Urt. v. 5.5.1986—III ZT 233/84 (Hamburgo), BGHZ 98, pp. 32 y 35.

³⁹⁹ Staudinger, Julius von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Paragrafen 611–615*, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2005, párrafo 276, número al margen 49.

⁴⁰⁰ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, cit., número al margen 1880.

⁴⁰¹ RG, Urt. v. 17.6.1889—VI 93/89 (Marienwerder), *RGZ* 23, pp. 432 y 436.

de las partes.⁴⁰² Asimismo, los árbitros, mediante el laudo, deberán analizar y argumentar todos los hechos y las cuestiones jurídicas.

10. *Imparcialidad e independencia del árbitro*

El procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen.⁴⁰³ La independencia, la imparcialidad y la percepción de imparcialidad constituyen elementos fundamentales para juzgar la calidad del árbitro y del arbitraje.⁴⁰⁴ Un pilar fundamental del arbitraje es la imparcialidad e independencia de los árbitros. Sin estas dos cualidades, se derrumba la estructura del arbitraje.⁴⁰⁵ La independencia del árbitro es esencial en su rol judicial, pues desde el momento de su designación asume el papel de juez, y se prohíbe cualquier relación de dependencia, particularmente con las partes.⁴⁰⁶ Adicionalmente, las circunstancias por las que se puede cuestionar su independencia deben demostrar la existencia de nexos materiales o intelectuales capaces de afectar la decisión del árbitro, lo que crea un riesgo cierto de parcialidad a favor de una de las partes.⁴⁰⁷ Estos requisitos están consagrados en el artículo 1428 del Código de Comercio:

La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por

⁴⁰² BGH, Urt. v. 29.9.1983—III ZR 213/82 (Braunschweig), *WM* 1983, pp. 1207 y 1208.

⁴⁰³ Sanders, Pieter, *op. cit.*, p. 224.

⁴⁰⁴ Hwang, Michael *et al.*, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁰⁵ Lew, Julian D. M. *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003, p. 261.

⁴⁰⁶ Estavillo Castro, Fernando, “Ética en el arbitraje”, en Soto Coaguila, Carlos Alberto y Revoredo Marsano de Mur, Delia (coords.), “Arbitraje internacional pasado, presente y futuro”, *Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, pp. 1117 y 1122.

⁴⁰⁷ Lew, Julian D. M., *The Immunity of Arbitrators*, London, Lloyd’s of London in conjunction with the School of International Arbitration, 1990.

causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

La importancia de este requisito se ve reflejada en que la ley únicamente permite la recusación del árbitro si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia o si no posee las cualidades convenidas por las partes.

La doctrina distingue entre un elemento objetivo para la independencia basada en hechos y la imparcialidad que se entiende como un elemento subjetivo.⁴⁰⁸ La independencia está relacionada con la situación del árbitro, y la imparcialidad está ligada a la situación intelectual o psíquica del árbitro.⁴⁰⁹ Para que un árbitro sea imparcial, no deberá depender de parte alguna. Para ser neutral, no deberá dejarse influenciar por opiniones de terceros y no ligados al caso.⁴¹⁰ Un árbitro imparcial es aquel que es neutral, no a favor ni en contra de las partes. El árbitro independiente es uno que no tiene vínculos con las partes; por ejemplo, familiares, amistad, o económicos.⁴¹¹ También incluye que el árbitro haya actuado como asesor a nombre de una parte o haya ejercido una función en una empresa que forma parte de la disputa. La imparcialidad es un estado mental que se puede evidenciar a través de la conducta del árbitro. Por ejemplo, perjuicios en contra de personas, razas, religiones, etcétera.⁴¹² Lew, Mistelis y Kroll establecen que

...[l]a independencia requiere que no exista ni haya existido una relación de dependencia entre las partes y los árbitros que pueda o al menos parezca que pueda afectar la libertad del árbitro para decidir. Mientras la imparcialidad es necesaria para que se pueda hacer justicia, la independencia es necesaria para que se vea que se hace justicia.⁴¹³

⁴⁰⁸ Clay, Thomas, “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre et les règles du procès équitable”, en Compennolle, Jacques van y Giuseppe, Tarzia (eds.), *L’impartialité du juge et de l’arbitre. Étude de droit comparé*, Bruselas, Bruylant, 2006, pp. 213 y 214.

⁴⁰⁹ Lalive, Pierre, “Sur l’impartialité de l’arbitre International en Suisse”, *La Semaine Judiciaire*, vol. 112, 1990, p. 364.

⁴¹⁰ Henry, Marc, “Les obligations d’indépendance et d’information de l’arbitre à la lumière de la jurisprudence récente”, *Revue de l’arbitrage*, núm. 2, 1999, p. 195.

⁴¹¹ Bishop, Doak y Reed, Lucy, “Practical Guides for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International-The Journal of London Court of International Arbitration*, Londres, vol. 14, núm. 4, diciembre 1998, p. 398.

⁴¹² Trakman, Leon, “The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered”, *International Arbitration Law Review*, Londres, vol. 10, núm. 4, 2007, pp. 127 y 128.

⁴¹³ Lew, Julian D. M. et al., *Comparative International...*, cit., p. 261.

Pero es importante mencionar que estos dos conceptos están ligados el uno al otro y se entrelazan. No se pueden tomar como conceptos totalmente separados.⁴¹⁴ La doctrina opina que la imparcialidad es una condición *sine qua non* de la independencia,⁴¹⁵ y están relacionadas; son esenciales para conformar los principios de legalidad y de juridicidad inherentes al Estado de derecho.⁴¹⁶

Escobar-Martínez establece:

De otro lado, la imparcialidad es una garantía procesal y certeza de un proceso justo. La imparcialidad es consustancial a la propia función de juzgar; un juez parcial no es un juez veraz. La imparcialidad judicial reclama la neutralidad del órgano juzgador, pero sólo en ocasiones su transgresión será una infracción del principio de legalidad, ya que cabe que un juez imparcial opte entre distintas interpretaciones de los preceptos, unas más adecuadas al tenor de la ley que otras. Quiere decir que el juez está constitucional y convencionalmente obligado a dictar sentencia de acuerdo con la ley y los valores de una comunidad social y no contaminado por los prejuicios y convicciones personales.⁴¹⁷

Cabe mencionar que la imparcialidad no equivale a justicia en el sentido de justo. Un juez imparcial únicamente aplica el ordenamiento jurídico.⁴¹⁸ De acuerdo con Jiménez-Asensio, la imparcialidad quiere decir desinterés y neutralidad.⁴¹⁹ La imparcialidad, el desinterés y la neutralidad ocurren en relación con la decisión misma, lo cual no significa que la decisión sea objetiva; sigue siendo subjetiva, pero dentro del marco jurídico existente, que prevé incluso las sanciones para aquellos sujetos que lo vulneren y decidan con intereses personalísimos que no realizan los postulados constitucionales y de justicia en última instancia.

⁴¹⁴ Veeder, V. V., “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre dans l’arbitrage international”, en *Médiation et Arbitrage, Alternative Dispute Resolution, Justice Alternative ou Alternative à la Justice? Perspectives Comparatives*, Paris, Lexis-Nexis, 2005, p. 228.

⁴¹⁵ Choclán-Montalvo, José Antonio, “La imparcialidad del juez en una perspectiva *ex ante* y *ex post*”, *Actualidad Jurídica*, Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 1-3.

⁴¹⁶ Requejo-Pagés, Juan Luis, *La jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, pp. 116 y ss.

⁴¹⁷ Escobar-Martínez, Lina Marcela, “La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 15, 2009, pp. 181 y 188.

⁴¹⁸ Otto y Pardo, Ignacio de, *Estudios sobre el poder judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 29 y ss.

⁴¹⁹ Jiménez-Asensio, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 71.

Dado que el árbitro ejerce una función cuasijudicial, los principios de independencia e imparcialidad del juez se trasladan al arbitraje.⁴²⁰

Sigue Escobar-Martínez:

Vale la pena aclarar en este punto, que la subjetividad no es equiparable a la arbitrariedad, sino a la discrecionalidad, en la medida en que quien resuelve una controversia, en definitiva, elige entre varias interpretaciones posibles que se deducen o infieren de la disposición, aquella que mejor resuelva la controversia en cuestión, tratándose de casos fáciles; de otro lado, en los casos difíciles, el operador jurídico deduce o infiere del sistema jurídico una norma que le permita resolver el caso. En los dos supuestos anteriores, la subjetividad no puede ser confundida con la arbitrariedad, ya que una decisión —aun siendo objetiva— puede ser arbitraria. La arbitrariedad se configura en toda actuación que desconozca el ordenamiento y el sistema jurídico que constituye el marco de la decisión. Así pues, el derrumbamiento del mito del juez objetivo es el reconocimiento de una verdad por todos sabida y por mucho tiempo ocultada o no reconocida, según la cual el juez, al ser quien dirime un conflicto, lleva una carga implícita, dadas sus condiciones personales y su formación misma como jurista, que le hace valorar los hechos y las disposiciones de una manera especial y diferente a la de otro sujeto; de ahí que hoy se afirme sin temores que no hay una única respuesta correcta para cada controversia.⁴²¹

11. *Obligación del árbitro de arbitrar personalmente*

El árbitro que fue nombrado por las partes no podrá pasar o heredar el encargo a otra persona. El encargo de las partes al árbitro es personal,⁴²² porque las partes escogen al árbitro por sus calificaciones profesionales y personales.⁴²³ Sólo él podrá ejercer el encargo. Sin embargo, eso no limita al árbitro a apoyarse en un equipo o en un asistente para facilitar el trabajo siempre y cuando la labor del equipo o del asistente se limite a lo que el nombre implica: asistir. El asistente podrá, por ejemplo, transcribir el laudo y las comunicaciones, pero el contenido debe ser originario y responsabili-

⁴²⁰ Bonet-Navarro, Ángel, *Perspectivas en la solución heterocompositiva de conflictos laborales ante el proyecto constitucional. El jurado y el arbitraje privado*, Escritos sobre la jurisdicción y su actividad, Zaragoza, Instituto Fernando El Católico, 1981.

⁴²¹ Escobar-Martínez, Lina Marcela, *op. cit.*, pp. 181 y 186.

⁴²² Schlosser, Peter, *Kommentar zur Zivilprozessordnung...*, *cit.*, párrafo 1042, número al margen 2.

⁴²³ Baumbach, Adolf *et al.*, *Zivilprozessordnung ZPO mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*, 72a. ed., München, 2014, anexo al párrafo 1035, número al margen 7.

dad del árbitro. Además, podrá el asistente apoyar al árbitro con la investigación de jurisprudencia o doctrina. El árbitro podrá también escuchar la opinión de un experto en cierta materia jurídica. Pero el árbitro debe mantener no sólo las riendas del arbitraje, sino asumir la carga principal del arbitraje, que es la toma de una decisión. Deberá revisar siempre de forma crítica la información que le es propuesta por el asistente y formular su propia opinión. El asistente no debe sustituir al árbitro.⁴²⁴ La justicia alemana ha extendido un poco esta opinión. Los asistentes podrán formular independientemente los laudos siempre y cuando la decisión, el fundamento y la motivación hayan sido establecidos por el árbitro.⁴²⁵ Aquí también juega un papel importante el principio antes descrito de la independencia e imparcialidad del árbitro, que debe protegerse de la influencia que pueda tener el asistente sobre él, tanto respecto de la información e investigación que le presente como en la redacción del laudo y de las comunicaciones.

12. *Confidencialidad de la toma de decisión y el deber de información*

Se acostumbra a considerar que la confidencialidad es uno de los rasgos más ventajosos y útiles del arbitraje. No obstante, el derecho interno no responde siempre por igual a la pregunta de saber en qué medida los participantes en un arbitraje tienen el deber de observar la confidencialidad de la información referente al caso. Además, las partes que hayan convenido en un reglamento de arbitraje o en alguna otra norma que no contemple explícitamente la cuestión de la confidencialidad, no podrán pretender que todos los ordenamientos reconozcan una obligación implícita de confidencialidad. Por otra parte, los participantes en un arbitraje pueden entender de manera distinta el grado de confidencialidad que cabe esperar. Por ello, el tribunal arbitral quizá desee tratar de esta cuestión con las partes y, si lo considera conveniente, tomar nota de todo principio en el que se haya convenido sobre el deber de confidencialidad.⁴²⁶

Valente Girado destaca que la confidencialidad “es una garantía para las partes contendientes”.⁴²⁷ Además, deberá aplicarse a los expertos, testigos, traductores, intérpretes, secretarios, etcétera, que tengan una participación

⁴²⁴ Münch, Joachim, *op. cit.*, antes del párrafo 1034, número al margen 12.

⁴²⁵ BGH, Urt. v. 18.1.1990—III ZR 269/88 (Hamburgo), *BHGZ* 110, pp. 104 y 107.

⁴²⁶ Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales. Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral, punto 31, s.f.

⁴²⁷ Valente Girado, Franca, “La confidencialidad: agente motivador para pactar la cláusula arbitral en los contratos comerciales”, *Legal Advice, Business Venezuela* (VenAmCham), mayo-junio de 2013, p. 18.

en el procedimiento. En definitiva, la confidencialidad implica que los documentos aportados en el proceso (declaraciones de los testigos, pruebas, e inclusive el texto del laudo) cuenten con una protección especial, debiendo su contenido ser utilizado solamente a los fines del propio arbitraje, puesto que comúnmente la información allí revelada incluye prácticas comerciales o estrategias empresariales, que de llegar a los competidores de las sociedades involucradas podría acarrear perniciosas consecuencias. Las cortes alemanas, por ejemplo, asimilan el arbitraje a la justicia, y argumentan que el principio de confidencialidad en la toma de decisiones aplica al arbitraje.⁴²⁸ Los árbitros están ligados con las partes mediante un contrato, y de éste deriva la obligación de informar y rendir cuentas a las partes. Es evidente que puede surgir un conflicto entre el deber de mantener la confidencialidad y la obligación contractual de informar a las partes. De acuerdo con Fernández Rozas, la

...confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de publicidad y transparencia admitiendo, entre otras cosas, la participación de los denominados amici curiae en las deliberaciones ante los árbitros, dentro de una dimensión que pretende vincular esta materia a la protección internacional de los derechos humanos. De esta suerte, la evolución del arbitraje de inversiones ha producido una tensión entre, de un lado, dos elementos arraigados en el arbitraje comercial: la privacidad y la confidencialidad y, de otro lado, el interés público y la transparencia, con el triunfo evidente de estos últimos.⁴²⁹

Aunque las partes podrían contractualmente liberar al árbitro del deber de mantener confidencialidad sobre el proceso de toma de decisión, esto resulta problemático, porque el principio de la confidencialidad tiene como propósito la protección del árbitro.⁴³⁰

El árbitro debe sujetarse al compromiso de confidencialidad sobre el arbitraje⁴³¹ dada la información importante sobre empresas y sus secretos

⁴²⁸ BGH, Urt. v. 3.7.1975–III ZR 78/73 (Múnich).

⁴²⁹ Fernández Rozas, José Carlos, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Estudios, Arbitraje II*, núm. 2, 2009, pp. 335-378.

⁴³⁰ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, cit., número al margen 1889.

⁴³¹ Merino Merchán, José Fernando, “Confidencialidad y arbitraje”, *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 2, 2008, pp. 75-95; Caivano, Roque J., “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, *Lima Arbitration*, núm. 4, 2011-2012, pp. 119-150; Cepeda Altamirano, Carla, “El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad”, *Law Review*, vol. 1, núm. 1, enero de 2013, pp. 22-30.

comerciales que constituye un valor económico sustancial. El árbitro no podrá utilizar esa información para sí mismo o para otros, de forma directa o indirecta. Al respecto, expone Fernández Rozas:

Los operadores del arbitraje comercial ponen el acento en la confidencialidad como un rasgo distintivo inherente a una institución que entraña un procedimiento privado acordado por las partes litigantes. Dichos operadores tienen a su cargo una tarea sumamente compleja y delicada, toda vez que su misión es ajustar una situación controvertida que enfrenta a las partes; por ello se entiende que su actuación ha de sujetarse a determinados principios y estándares que garanticen la idoneidad de este mecanismo de arreglo de controversias, entre los que figura la confidencialidad. Concebida ésta como escudo protector contra la divulgación a una persona no implicada en el litigio, o a la opinión pública, de una información relativa o producida en el marco de un procedimiento arbitral, se configura en el arbitraje como una de sus grandes ventajas y, en ocasiones, es la razón por la cual las partes en un conflicto optan por este foro privilegiado para resolver sus contenciosos. Su justificación responde esencialmente a la salvaguarda de los intereses de las partes y a la continuidad de sus relaciones de negocios.⁴³²

Los árbitros tienen el deber de participar en las deliberaciones y firmar el laudo.⁴³³ El árbitro que se niega a deliberar un caso con sus coárbitros incumple con dicho deber, independientemente de si las reglas aplicables prevean disposiciones para el caso en que un árbitro no participe en las deliberaciones o se niegue a firmar el laudo.⁴³⁴ El propósito de esas reglas no es avalar el incumplimiento, sino limitar el daño que la actitud del árbitro pueda causar. Por ende, el árbitro es responsable del daño que cause con su actitud.⁴³⁵ La negación de deliberar y firmar un laudo causa una demora al procedimiento. Los coárbitros deberán proseguir inmediatamente con el procedimiento si no quieren caer en incumplimiento de su contrato por no fomentar el avance del proceso.

13. *Subordinación del árbitro a las partes*

Cabe mencionar que las obligaciones de los árbitros no sólo se originan del contrato con las partes, de la cláusula arbitral o del derecho aplicable,

⁴³² Fernández Rozas, José Carlos, *op. cit.*, pp. 335-378.

⁴³³ Art. 1448, CoCom.

⁴³⁴ Hanseatisches OLG Hamburg, Urt. V. 8.12.1960-3 U 98/60, KTS 1961, pp. 174 y 175.

⁴³⁵ Lachmann, Jens-Peter, *Die Haftung des Schiedsrichters...*, *cit.*, número al margen 1896.

sino también de lo que disponen las partes. Por ejemplo, las partes pueden, en mutuo acuerdo, decidir que no se llevará a cabo una audiencia que había sido antes acordada. También pueden cambiar la sede del arbitraje o el lugar de una audiencia. Asimismo, pueden suspender el arbitraje por cierto tiempo. Los árbitros deberán acatar estas decisiones posteriores de las partes, porque ellas son las dueñas del proceso.

14. *Laudo*

Los árbitros tienen la obligación de redactar un laudo de tal forma que no sea susceptible de anulación. El laudo deberá ser compatible con los principios de derecho de la sede del arbitraje, su *ordre public* y la constitución aplicable.⁴³⁶ Esto implica que el laudo deberá ser motivado y fundamentado, tomará en cuenta todos los puntos de la disputa, los alegatos de las partes, y aclarará la decisión y la opinión de los árbitros.⁴³⁷ Un laudo absurdo o paradójico evidencia un grave incumplimiento del árbitro. Sin embargo, un árbitro no puede garantizar que el laudo sea ejecutable en todas las jurisdicciones por falta de familiarización. Esto no implica *per se* una violación de su deber de competencia profesional.⁴³⁸

15. *Obligaciones poslaudo*

En términos generales, la función del árbitro termina con la finalización del procedimiento arbitral. Perduran, sin embargo, las principales obligaciones contractuales, como la confidencialidad y la prohibición de utilizar la información del caso. Los árbitros deberán estar disponibles para aclaraciones posteriores y guardar la documentación durante un periodo razonable. En un caso curioso, la Suprema Corte alemana tuvo que decidir si un árbitro debía sujetarse a una evaluación psiquiátrica después de emitir el laudo y terminar el procedimiento porque una parte alegó que el árbitro era legalmente incapaz. La Suprema Corte dio a entender, aunque negó la demanda de la parte, que valora las obligaciones poslaudo como muy importantes.

⁴³⁶ Para el derecho alemán: Urt. V. 25.10.1983–KZR 27/82 (Düsseldorf), BGHZ 88, pp. 314 y 319.

⁴³⁷ Para el derecho alemán: Urt. v. 26.9.1985–III ZR 16/84 (Frankfurt), NJW 1986, pp. 1436 y 1437; Wieczorek, Bernhard y Schütze, Rolf A., *op cit.*, §1041, nota al margen 38.

⁴³⁸ Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, pp. 1117 y 1136.

II. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, existen muchas obligaciones que el árbitro debe cumplir. Considero que no es posible enlistarlas todas. Además, no todas las obligaciones tienen el mismo efecto nocivo sobre el arbitraje. Por ello, podría sugerirse categorizarlos en obligaciones importantes y menos importantes, y permitir únicamente que las obligaciones importantes causen responsabilidad del árbitro. Sin embargo, sería complicado enumerar todas las obligaciones importantes sin excluir, por olvido, a algunas de ellas. Asimismo, habría dificultad para definir la importancia de una obligación.

Otro acercamiento de abarcar la limitación de la responsabilidad o, dicho de otra forma, la protección del árbitro, podría ser la limitación de la responsabilidad a actos que no estén relacionados con la actividad judicial y la toma de decisión del árbitro, similar al sistema anglosajón, en especial el de los Estados Unidos. Pero también aquí existen las incertidumbres respecto a qué acto se considera actividad judicial o parte de la toma de decisión. Un listado de actos correría el riesgo de no ser exhaustivo.

CONCLUSIONES FINALES Y SUGERENCIAS PARA REGULARIZAR LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO EN MÉXICO

El presente trabajo partió de la hipótesis de que no existe regulación jurídica mexicana que rija la responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial. Para ello se revisaron las leyes y códigos relevantes de nuestro país, y, en efecto, comprobamos que no existe regulación específica en México al respecto. Existe un vacío legal respecto a la responsabilidad del árbitro. Consideramos que es de suma importancia llenar ese vacío, y con base en la ponderación de los intereses de las partes en responsabilizar al árbitro y el interés del árbitro, a no ser el objeto de ataques personales, regular la responsabilidad del árbitro en México. Para ello se revisaron las figuras legales del derecho nacional, y se concluyó que no aplican a la situación del árbitro, por lo que se sugiere una regulación explícita entre las partes y el árbitro.

La premisa de este trabajo es que el árbitro debe responsabilizarse por sus acciones. Asimismo, se analizaron sistemas jurídicos del arbitraje en los países del sistema civil y del *common law*. Ese repaso nos permite recordar la esencia del arbitraje y el alejamiento respecto de su origen e ideales. El arbitraje actual ha perdido muchas de las antiguas virtudes; entre ellas la responsabilidad del árbitro.

Respecto a las obligaciones y responsabilidades de los árbitros, no existen referencias⁴³⁹ en el *common law*. Esto podrá tener varias causas. Por ejemplo, la incorporación del arbitraje al sistema judicial inglés. Al respecto, Lord Mustill remarca otro aspecto interesante: el arbitraje en el derecho civil ha recibido más atención y análisis por académicos que en el *common law*.⁴⁴⁰ Lo anterior se debe a que en el *common law* las cuestiones legales se solucionan en los juzgados de forma práctica y cuando se presentan. Aplicando este enfoque práctico del *common law*, el tema de las obligaciones y responsabilidades no ha cobrado mucha relevancia en el *common law*, por no

⁴³⁹ Salvo una respecto al plazo para emitir el laudo en la ley de 1854.

⁴⁴⁰ Mustill, Lord Michael, "Arbitration: History and Background", *J. Int'l. Arb.* 6:2, núm. 43, 1989, p. 4.

haber tenido importante presencia en los tribunales.⁴⁴¹ Lo anterior ha provocado una falta de estudio sistemático y conceptual de las obligaciones y responsabilidades del arbitraje en general.

Para poder elaborar un concepto sobre la regulación de responsabilidades del árbitro era necesario explicar la relación entre las partes y el árbitro. Llegamos a la conclusión de que es fundamentalmente contractual. Esclarecimos que el contrato entre las partes y el árbitro no se puede categorizar como un contrato típico conocido por el derecho civil, y determinamos que se trata de un contrato atípico o sui generis. Este contrato tiene por objeto regular las obligaciones y los derechos entre las partes y el árbitro. Se desarrolla dentro del contexto del arbitraje en general, del arbitraje específico, del acuerdo de arbitraje entre las partes, el derecho local aplicable y las reglas de arbitraje; es indispensable para determinar las obligaciones y los derechos de las partes y del árbitro, porque la legislación mexicana no contempla regulación alguna sobre este particular. Se requiere de un fundamento jurídico del cual partir para determinar la responsabilidad del árbitro y una posible limitación de dicha responsabilidad necesaria para dar cuenta de la función de juez que ejerce el árbitro. Pero ante la realidad de los arbitrajes complejos y costosos, la teoría contractual ofrece las mejores posibilidades de hacer responsable al árbitro por su actuación deficiente y demandarlo por el daño que cause.⁴⁴² Finalmente, la teoría contractual mediante el contrato sui generis es la que mejor regula la situación comercial que representa el arbitraje actual. Se trata de un servicio por el cual se recibe una remuneración. Esta situación crea obligaciones y derechos entre las partes contractuales, que pueden estipularse en dicho contrato. Así, se puede lograr un balance entre las partes y el árbitro. La clasificación como contrato también proporciona la posibilidad de regular y limitar la responsabilidad del árbitro. Como ya se ha venido diciendo, resulta deseable que el árbitro sea responsable por sus actos, pero al mismo tiempo es necesario limitar dicha responsabilidad para reflejar su función de cuasijuez. Deberá ejercer su encargo libre de presiones y miedo a ser responsabilizado por cualquier error, sin excluir faltas graves, dolo o mala fe. Asimismo, las partes podrán estipular su propia deontología en este contrato. El contrato sui generis ofrece la flexibilidad de adaptarse a diferentes jurisdicciones.⁴⁴³

El análisis de la legislación histórica tanto a nivel nacional como internacional nos permite reconocer que en muchos casos el árbitro se equipara

⁴⁴¹ *Idem.*

⁴⁴² Gal, Jens, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 99.

al juez, con la consecuencia de que las responsabilidades o la inmunidad del juez aplican al árbitro.

Podría aplicarse la misma analogía en México. Analizamos la legislación actual para el juez mexicano, y concluimos que dogmáticamente no se puede utilizar analógicamente el sistema de responsabilidad del juez mexicano al árbitro, específicamente porque la responsabilidad del juez es objetiva, sin que se requiera un elemento subjetivo, como dolo o negligencia. La responsabilidad del juez no es personal. El Estado asume la responsabilidad por los daños que causa su funcionario y lo repara. El árbitro no cuenta con ese apoyo legal y económico.

En la parte civil, el servidor público está protegido contra demandas personales por el esquema de responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado. Para ello sólo se requiere que el servidor público cause daño o perjuicio al ciudadano por su actividad administrativa irregular; por esto último se entiende aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate. No se requiere comprobar que los servidores hayan actuado con la intención de dañar (ilícitamente). El ciudadano perjudicado comprueba únicamente la actuación irregular, el daño y el nexo causal entre ambos. El Estado deberá comprobar que la actuación administrativa no fue irregular, que fue el perjudicado quien causó o en parte causó el daño o que éste fue causado por fuerza mayor. La falta de elementos subjetivos se basa en el artículo 1910 del Código Civil Federal, que plasma el principio de responsabilidad delictual o extracontractual. Por el simple hecho de actuar de forma ilícita se precisa la responsabilidad por daños y perjuicios que se derivan del acto. La falta de intención no impide que un funcionario público sea responsable de los daños y perjuicios que ocasione por los actos que en el desempeño de sus funciones realice, cuando los mismos sean ilícitos, es decir, cuando no se ajustan a la Constitución y a las leyes aplicables. Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada deben ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población.

Al no aplicar la regulación del juez de forma análoga al árbitro, nos preguntamos si las reglas generales contenidas en el Código Civil, específicamente sobre las obligaciones y responsabilidades contractuales, podían ser adecuadas. Advertimos que el árbitro está sujeto a una serie de obligaciones éticas y profesionales.

Considero, por un lado, que la responsabilidad del árbitro no debería limitarse a obligaciones clasificadas por importancia o relacionadas con la actividad judicial. Asimismo, es difícil aplicar directamente lo establecido en el Código Civil Federal respecto a las obligaciones de hacer o de resultado por la misma función sui generis del árbitro, al igual que el contrato que lo une con las partes. Por ende, debe regularse la responsabilidad de forma independiente. Es decir, si el árbitro incumplió una obligación a la que se comprometió frente a las partes, sea por el acuerdo de arbitraje, por la ley o por cualquier otro acuerdo, siempre que cause un daño para una parte mediante negligencia grave o dolo, será responsable de la reparación del daño y el perjuicio.

Pero tomando en cuenta que la esencia del arbitraje es un acuerdo contractual privado, sugiero que las partes y el árbitro pacten el alcance de la responsabilidad y que no se les imponga por imperio de la ley.

Por lo general, la cláusula de arbitraje en un contrato entre las partes no contiene estipulación sobre una posible responsabilidad del árbitro. Si la tuviera, el árbitro probablemente no aceptaría el encargo, por no haber sido incluido en la negociación sobre el alcance de su responsabilidad. La base del arbitraje es el acuerdo entre las partes, y, en segundo plano, el contrato entre las partes y el árbitro. En este segundo acuerdo debería incluirse una cláusula que regulara la responsabilidad del árbitro. Pero, aplicando el principio básico del arbitraje, que es el consenso y la autonomía de las partes, se debería incluir una cláusula de responsabilidad si todos los implicados así lo acordaran. La libre voluntad de las partes, incluyendo la del árbitro, debe regir el arbitraje. Si se codifica, se estaría asimilando cada vez más al juicio estatal, del cual el arbitraje debe distinguirse.

Como ya lo habíamos comentado anteriormente, seguimos el modelo de la excepción cualificada de responsabilidad. En este sentido, la cláusula que regula la responsabilidad del árbitro, de negociarse, podría decir lo siguiente:⁴⁴⁴ “La aceptación obliga a los árbitros a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por negligencia grave o dolo”.

Si el árbitro acepta, comenzará su actuación en el proceso y se deberá comprometer a ejercer su misión y cumplir fielmente su encargo, y a partir de entonces será responsable de las actividades que lleve a cabo, que deberá finalizar con el laudo correspondiente.⁴⁴⁵ Cuando se trate de un colegio arbitral, sin contar con aquellos casos en que sea posible determinar la res-

⁴⁴⁴ Inspirado en la Ley 60/2003, del 23 de diciembre, de Arbitraje española.

⁴⁴⁵ Montesinos García, Ana, *op. cit.*, p. 224.

ponsabilidad individual de alguno de los árbitros, la responsabilidad será de todos los integrantes del mismo, excepto de aquellos que presentaron su discrepancia a la hora de pronunciarse el laudo.⁴⁴⁶

Basándonos en el principio de negociación contractual entre el árbitro y las partes, podría limitarse la responsabilidad del árbitro a un monto específico que cause presión económica sin dejarlo en la bancarrota. O, de otra forma, se podría incluir en el contrato entre las partes y el árbitro la obligación de garantizar su encargo mediante depósito en efectivo, fianza, seguro o aval a primer requerimiento. En caso de cometer una falta, el árbitro perdería la garantía, o el seguro repararía el daño.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 230.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Síntesis del derecho procesal (civil, mercantil y penal)*, en *derecho procesal mexicano*, vol. II, 1977.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El juicio arbitral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953.
- BARRERA GRAF, Jorge, *Representación de sociedades, la representación voluntaria en derecho privado*, 1967.
- BAUMBACH, Adolf *et al.*, *Zivilprozessordnung ZPO mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*, 72a. ed., München, 2014.
- BELLISSANT, J., *Contribution a l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, 2001.
- BERGER, Klaus Peter, *International Economic Arbitration*, Boston, Deventer, 1993.
- BOISÉSSON, Matthieu de y JUGLART, Michel de, *Le droit française de l'arbitrage: étude de l'arbitrage interne: annexes, l'arbitrage international (decret du 12 mai 1981), arbitrage spéciaux, règlements arbitraux*, París, Gide Loyrette Nouel, Juridictionnaires Joly, 1983.
- BONET-NAVARRO, Ángel, *Perspectivas en la solución heterocompositiva de conflictos laborales ante el proyecto constitucional. El jurado y el arbitraje privado. Escritos sobre la jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, Instituto Fernando El Católico, 1981.
- BORN, Gary Bryan, *International Commercial Arbitration*, vol. 1, Alphen aan den Rijn, 2009.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El arbitraje comercial: doctrina y legislación*, México, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, 1979.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 43a. ed., México, Porrúa, 2015.
- CADIET, Loïc, *Droit judiciaire privé*, 2a. ed., Litec, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, La Plata, Jus, 1988.
- CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*, vol. I, Bogotá, Temis, 1986.

- CHOCLÁN-MONTALVO, José Antonio, “La imparcialidad del juez en una perspectiva *ex ante* y *ex post*”, *Actualidad Jurídica*, Navarra, Aranzadi, 2000.
- CLAY, Thomas, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001.
- CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995.
- CRAIG, William Laurence *et al.*, *International Chamber of Commerce*, 3a. ed., New York, Oceania Publications, 2000.
- DAVID, René, *L'arbitrage dans le commerce international*, París, Economica, 1982.
- DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général-Sources des obligations*, vol. 5, 7 vols. Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & Cie., 1923.
- DÍAZ, Luis Miguel, *Arbitraje: privatización de la justicia*, México, Themis, 1990.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, La Ley, 1990.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1957.
- FIKENTSCHER, Wolfgang y HEINEMANN, Andreas, *Schuldrecht*, 10a. ed., Berlin, De Gruyter, 2006.
- FOUCHARD, Philippe *et al.*, *On International Commercial Arbitration*, Gaillard, Emmanuel y Savage, John (eds.), La Haya, Boston, Londres, Kluwer Law International, 1999.
- FOUCHARD, Philippe *et al.*, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- FROSSARD, Joseph, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, vol. 67, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.
- GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, *International Commercial Arbitration*, de Fouchard, Gaillard, Goldman (eds.), The Hague *et al.*, Kluwer Law International, 1999.
- GAL, Jens, *Die Haftung des Schiedsrichters in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*, Barcelona, 2004.
- GLASSON, E. *et al.*, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, 3a. ed., vol. V, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 2a. ed., México, Porrúa, 2008.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El árbitro*, México, Porrúa, 2008.
- GUASP, Jaime, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona, Bosch, 1956.

BIBLIOGRAFÍA

159

- HAUSMANINGER, Christian, “Rights and Obligations of the Arbitrator with Regard to the Parties and the Arbitral Institution-A Civil Law Viewpoint”, *The Status of the Arbitrator, Bulletin Special Supplement*, ICC International Court of Arbitration, 1995.
- HENN, Günter, *Schiedsverfahrensrecht-Ein Handbuch*, Heidelberg, Müller Jur. Verl., 1991.
- HENRY, Marc, “Le devoir d’indépendance de l’arbitre”, *Bibliothèque de droit privé*, París, L. G. D. J., 2001, t. 352.
- HOFFET, Franz, “Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichter und Parteien”, *Zürcher Studien zum Verfahrensrecht*, Zürich, Schulthess Koll., 1991.
- HWANG, Michael *et al.*, “Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties”, en ROVINE, Arthur (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, the Fordham Papers, 2008.
- INDERKUM, Hans-Heinrich, *Der Schiedsrichtervertrag nach dem Recht der nicht internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz unter Mitberücksichtigung der Schiedsordnung des IPRG*, Freiburg, Diss., 1989.
- JIMÉNEZ-ASENSIO, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987.
- KLEIN, Frédéric Edouard, *Considérations sur l’arbitrage en droit international privé*, Faculté de droit de l’Université de Bâle, vol. 11, Bâle, Helbing & Lichtenham, 1955.
- LANGE, Hermann y SCHIEMANN, Gottfried, *Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts*, 3a. ed., Tübingen, 2003.
- LEW, Julian D. M., *The Immunity of Arbitrators*, London, Lloyd’s of London in conjunction with the School of International Arbitration, 1990.
- LEW, Julian D. M. *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer Law International, 2003.
- LINANT DE BELLEFONDS, Xavier y HOLLANDE, Alain, *L’arbitrage*, París, Puf, 1995.
- LINSMEAU, Jacqueline, *L’arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, *La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el C.C. en Contratos de servicios y de obra*, González García (coord.), Universidad de Jaen, 1996.

- LORCA NAVARRETE, Antonio María y MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *Tratado de derecho de arbitraje*, 6a. ed., Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.
- LÖRCHER, Gino *et al.*, *Das Schiedsverfahren-national/international-nach deutschem Recht*, Heidelberg, 2001.
- MAIER, Hans Jakob, *Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit. Ein Handbuch der deutschen und internationalen Schiedsgerichtspraxis*, Herne, Berlin, Verl. Neue Wirtschafts-Briefe, 1979.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 43, La responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado por daños causados a los bienes y derechos de los particulares en el Distrito Federal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2009.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, *Función jurídica de control de la administración pública*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.
- MAURY, F., *Reflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de resultat*, RRJ, 1998.
- MAZEAUD, Henri *et al.*, “Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles: obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence”, *35 R.T.D.Civ.*, 1936.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- MONIER, Raymond, *Petit vocabulaire de droit romain*, 3a. ed., París, Éditions Domat-Montchrestien, 1942.
- MÜNCH, Joachim, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfahrgesetz und Nebengesetzen, vol. 3, §§ 803–1066*, München, 2001.
- MUSIELAK, Hans-Joachim, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 4a. ed., vol. 3, München, 2005.
- MUSTILL, Lord Michael John y BOYD, Stewart Crauford, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2a. ed., Londres, Bottenworths, 1989.
- MUSTILL, Lord Michael John y BOYD, Stewart Crauford, *Commercial Arbitration-2001 Companion Volume to the Second Edition*, London, Butterworths (Canada) Limited, 2001.
- OETTING, Torsten, *Der Schiedsrichtervertrag nach dem UML im deutschen Recht unter rechtsvergleichenden Aspekten*, al mismo tiempo tesis de doctorado universidad de Múnich 1993, München, 1994.

- OPPETIT, Bruno, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.
- OSTERTHUN, Birthe, *Schadensfälle im Schiedsverfahren, Vermeidung oder schiedsrichterliche Haftung*, Bargstedt, Holstein, 2002.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- OUSMANOU, Sadjo, *Les conventions relatives au procès. Contributions à l'étude de la contractualisation de la justice*, Cadiet. L. (dir.), Thèse Rennes I, 1996.
- PEÑA NOSSA, Lisandro, *De los contratos mercantiles. Nacionales e internacionales. Negocios del empresario*, Bogotá, ECOE Ediciones, 2006.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés. Las obligaciones (segunda parte)*, t. VII, México, Acrópolis, 1998.
- POUDRET, Jean-Francois y BESSON, Sebastian, *Comparative Law of International Arbitration*, 2a. ed., London, Sweet & Maxwell, 2007.
- PUTMAN, Emmanuel, *Contentieux économique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.
- RAESCHKE-KESSLER, Hilmar y BERGER, Klaus Peter, *Recht und Praxis des Schiedsverfahrens*, 3a. ed., Köln, 1999.
- REAL, Gustav K. L., "Der Schiedsrichtervertrag: Inhalt und rechtliche Regelung im deutschen Recht mit rechtsvergleichenden Ausblicken", *Internationales Wirtschaftsrecht*, t. 3., Köln, München, Heymann, 1983.
- REQUEJO-PAGÉS, Juan Luis, *La jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil III, Teoría general de las obligaciones*, 21a. ed., México, Porrúa, 1998.
- SANDERS, Pieter, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, La Haya, Kluwer Law International, 1999.
- SASSEN-ABFALTER, Andrea, *Schiedsrichterhaftung*, tesis de doctorado, Universidad de Viena, Viena, 1996.
- SATTA, Salvatore, *Contributo alla doctrina dell'arbitrato*, tesi de l'Università cattolica del Cuore, vol. 28, Milán, 1931.
- SCHÄFER, Manuela, *Die Verträge zur Durchführung des Schiedsverfahrens, Analyse und Vergleich zweier Lösungsmodelle am Beispiel des deutschen und US-amerikanischen Rechtsraums*, Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht, vol. 64, Frankfurt am Main et al., Peter Lang, 2011.
- SCHLOSSER, Peter, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2a. ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1989.

- SCHÜTZE, Rolf A. *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, *NfW Praxis*, 4a. ed., München, C. H. Beck, 2016.
- SCHÜTZE, Rolf A., et al., *Handbuch des Schiedsverfahrens: Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 2a. ed., Nueva York, Walter de Gruyter, 1990.
- SCHWARZ, Frank T. y KONRAD, Christian W., *A Commentary on International Arbitration in Austria*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwers, 2009.
- SCHWYZ, Ingo, *Schiedsklauseln und Schiedsrichtervertrag*, Heidelberger Musterverträge, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2001.
- SOLAN, Lawrence M., “Linguistic Issues in Statutory Interpretation”, en TIERSMA, Peter y SOLAN, Lawrence M. (eds.), *Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2012.
- SORRENTE, Jean-Yves, *La responsabilité de l'arbitre*, thèse de doctorat en droit des affaires, Université Jean Moulin, Lyon 3, 2007.
- STAUDINGER, Julius von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Paragraphen 611–615*, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2005.
- TAWIL, Guido Santiago, *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1993.
- TERRAZAS SALGADO, Rodolfo, “La autoridad responsable en el juicio de amparo”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, t. II.
- TESSMER, Hugo, *Das Schiedsrichterverfahren nach deutschem Recht: Ein Lehr- und Handbuch für Laien und Juristen*, Leipzig, 1915.
- TUNG, André, *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, vol. I, JCP, 1945.
- VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A., *Las Leyes de Reforma: su actualidad. La responsabilidad de los jueces (tercera parte)*, Ciudad de México, Organización Editorial Mexicana, 2011.
- VINCENT, Henri, *Res recepta. Essai sur le principe du rapport obligatoire en matière de receptum*, thèse sous la direction de J. Valery, Montpellier, Imprimerie L'abeille, 1920.
- VOGT, Stephan, *Der Schiedsvertrag nach schweizerischem und internationalem Recht*, tesis de doctorado, Universidad de Zürich, 1989.

- WEIGAND, Frank-Bernd, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- WIECZOREK, Bernhard y SCHÜTZE, Rolf A., *Zivilprozessordnung und Nebengesetze: Grosskommentar, Band 5 Paragrafen 916-1048*, vol. 5, 4a. ed., Berlin y Boston, De Gruyter Recht, 2013.

Hemerografía

- ABASCAL, José María y FLORES SENTÍES, Héctor, “La nueva Ley de Amparo y el arbitraje”, *Abogado Corporativo*, revista de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, junio de 2013.
- ALMAGRO NOSETE, José, “La responsabilidad judicial civil (España)”, *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre de 2005.
- BALLADORE PALLIERI, Giorgio, “L’arbitrage privé dans les rapports internationaux”, *Rec. Cours de la Haye*, I.287, 1935.
- BERG, A. J. van den *et al.*, “Mémoire sur le statut et la protection des arbitres”, *ASA Bulletin*, núm. 11, 1993.
- BISHOP, Doak y REED, Lucy, “Practical Guides for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International-The Journal of London Court of International Arbitration*, Londres, vol. 14, núm. 4, diciembre de 1998.
- BROWN, Jenny, “Expansion of Arbitral Immunity: Is Absolute Immunity a Foregone Conclusion”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2009, núm. 1, 2009, disponible en: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2009/iss1/10>.
- CADIET, Loïc, “Chronique de droit judiciaire privé. De la responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice”, *JCP I*, 1992.
- CAIVANO, Roque J., “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”, *Lima Arbitration*, núm. 4, 2011-2012.
- CARROLL, Robert M., “Quasi-Judicial Immunity: The Arbitrator’s Shield or Sword”, *Journal of Dispute Resolution*, núm. 1, 1991.
- CEPEDA ALTAMIRANO, Carla, “El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad”, *Law Review*, Quito, vol. 1, núm. 1, enero de 2013.
- CLAY, Thomas, “L’arbitrage du bâtonnier: perseverare diabolicum”, *Rec. Dalloz*, núm. 1, 2007.

- CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo María, “La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1990.
- DITCHEV, Aleksandar, “Le contrat d’arbitrage, Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d’arbitrer”, *Revue de l’Arbitrage*, 1981.
- EL-KOSHERI, Ahmed Sadek, “Arbitration and Developing Countries”, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* 8, núm. 1, 1993.
- ESCOBAR-MARTÍNEZ, Lina Marcela, “La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 15, 2009.
- ESPINO LEDESMA, Bertha del Rosario, “La responsabilidad del Estado y de los servidores públicos”, revista electrónica *Ex Lege* (Facultad de Derecho de la Universidad de la Salle Bajío), núm. 8 (s. f.).
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente y SAMANIEGO BEHAR, Nitza, “El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México”, *Rev. Ius. [online]*, 2011, vol. 5, núm. 27.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Estudios, Arbitraje II*, núm. 2, 2009.
- FOUCHARD, Philippe, “Le statut de l’arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev. Arb.*, 1996.
- FOUCHARD, Philippe, “Les rapports entre l’arbitre et les parties”, *Bull. Cour internationale d’arbitrage de la CCI*, éd. ICC Publishing, núm. 564, 1996.
- FOUCHARD, Philippe, *Juris-classeur de droit international*, Paris, Éditions techniques, 1994.
- FOUCHARD, Philippe, *The Status of the Arbitrator—Special Supplement*, ICC Court of International Arbitration, 1995.
- FRANCK, Susan D., “The Liability of International Arbitrators: A Comparative Analysis and Proposal for Qualified Immunity”, 20, *N. Y. L. Sch. J. Int’l & Comp. L.*, 2000.
- GARCÍA BARRAGÁN LÓPEZ, Daniel, “El árbitro privado no es autoridad para efectos de la Ley de Amparo: entendiendo la lógica detrás de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*”, *Revista de Derecho Privado*, México, cuarta época, núm. 9, enero-junio de 2016.
- GÓMEZ JENE, Miguel, “La responsabilidad civil del árbitro. Cuestiones de derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 5, núm. 2, octubre de 2013.

- HEBAISHI, Hazem, “Should Arbitrator Immunity be Preserved under English Law?”, *The North East Law Review*, Newcastle University, Newcastle upon Tyne, 2, núm. 2, 2014.
- HENRY, Marc, “Les obligations d’indépendance et d’information de l’arbitre à la lumière de la jurisprudence récente”, *Revue de l’arbitrage*, núm. 2, 1999.
- HUMBERT, M., “Arbitrage et jugement à Rome”, *Droit et cultures* (L’Harmattan) 28, 1994.
- HUMBERT, M., “Les institutions d’arbitrage en France. Travaux du comité français de l’arbitrage”, *Rev. Arb.*, 1990.
- JARROSSON, Charles, “Qui tient les rênes de l’arbitrage ? Volontés des parties et autorité de l’arbitre, note sous Paris, 19 mai 1998, 3 déc. 1998 et 19 janv. 1999”, *Rev. Arb.*, 1999.
- LACHMANN, Jens-Peter, “Die Haftung des Schiedsrichters nach deutschem Recht”, *AG*, 1997.
- LACHMANN, Jens-Peter, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 2a. ed., Köln, O. Schmidt, 2002.
- LALIVE, PIERRE, “Sur l’impartialité de l’arbitre international en Suisse”, *La Semaine Judiciaire*, vol. 112, 1990.
- LIEBSCHER, Christoph, “Le droit applicable au contrat d’investissement de l’arbitre, note sous Cour suprême d’Autriche, 28 av. 1998”, *Rev. Arb.*, 1999.
- LIONNET, Klaus, “The Arbitrator’s Contract”, *Arb. Int.* 15, núm. 2, 1999.
- MALLARMÉ, Claude Tribun, “Art. «Arbitrage-Arbitre»”, *Jur. gén.*, núm. 4, 1846.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, “El régimen disciplinario de jueces y magistrados. El Acuerdo 9/2005 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, s. f.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana, “Los árbitros en el sistema español”, *Lima Arbitration*, núm. 2, 2007.
- MULLERAT, Ramón y BLANCH, Juliet, “The Liability of Arbitrators: a Survey of Current Practice”, *Dispute Resolution International The Journal of the Dispute Resolution Section of the International Bar Association*, International Bar Association, 1, núm. 1, June 2007.
- MUSTILL, Lord Michael John, “Arbitration: History and Background.” *J. Int’l. Arb.* 6:2, núm. 43, 1989.
- MUSTILL, Lord Michael John, “La nouvelle loi anglaise sur l’arbitrage de 1996: Philosophie, inspiration, aspiration”, *Rev. Arb.*, 1997.

- NAVA RODRÍGUEZ, María Angélica, “La responsabilidad del Estado en la Función Judicial-State Responsibility In The Judicial Role”, *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, núm. 1 (1).
- NOLAN, Dennis R. y ABRAMS, Roger I., “Arbitral Immunity”, *Berkeley Journal of Employment & Labor Law* 11, núm. 2, junio de 1989.
- PARRA, Antonio R., “The Role of ICSID in the Settlement of Investment Disputes”, *News from ISCID* 16, núm. 1, 1999.
- PAULSSON, Jan, “Arbitration without Privity”, *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* 10, núm. 2, 1995.
- PAULSSON, Jan, *International Handbook on Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2010.
- PELAYO JIMÉNEZ, Ramón Carlos, “Arbitraje: consecuencias de la anulación del laudo dictado, en el denominado «contrato de arbitraje»”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2007.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar, “El seguro arbitral: un mercado emergente en España. Consecuencias de la nueva exigencia legal”, *Gerencia de riesgos y seguros*, Fundación Mapfre, 1, 2014.
- PLANTEY, Alain, “L’arbitrage dans les échanges internationaux”, *Revue des sciences morales et politiques*, 1995.
- PLANTEY, Alain, “Quelques observations sur l’arbitrage administré”, *Journal du Droit International*, 1999.
- RASMUSSEN, Matthew, “Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France”, *Fordham International Law Journal* 26, núm. 6, 2002.
- ROITMAN, Sara, “Beyond Reproach: Has the Doctrine of Arbitral Immunity been Extended too far for Arbitration Sponsoring Firms?”, *Boston College Law Review*, núm. 51, 2010.
- RUTLEDGE, Peter B., “Toward a Contractual Approach for Arbitral Immunity”, *Ga. L. Rev.*, núm. 39, 2004.
- SCHWARZ, Eric A., “The Rights and Duties of ICC Arbitrators”, *The Status of the Arbitrator ICC Pub*, ICC (ed.), 67, núm. 564, 1995.
- SMITH, Murray L., “Contractual Obligations by and to Arbitrators: Model Terms of Appointment”, *Arb. Int’l*, vol. 8, núm. 1, 1992.
- TERRÉ, François, “Justice étatique, justice arbitrale”, *Colloque de l’AFA* 24, sept. 1997, Publ. de l’AFA, 1997.
- TRAKMAN, Leon, “The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered”, *International Arbitration Law Review*, Londres, vol. 10, núm. 4, 2007.

VALENTE GIRADO, Franca, “La confidencialidad: agente motivador para pactar la cláusula arbitral en los contratos comerciales”, *Legal Advice, Business Venezuela* (VenAmCham), mayo-junio de 2013.

Secciones de libros

- ALBERS, Jan, “Buch 10 Schiedsrichterliches Verfahren”, en BAUMBACH, Adolf, Lauterbach, Wolfgang, Albers, Jan, Hartmann, Peter, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*, München, 2006.
- BOLARD, G., “L’arbitraire du juge”, *Le juge entre deux millénaires, Mélanges P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000.
- BUCHER, Eugen, “Zur Unabhängigkeit des Parteibenannten Schiedsrichters”, en MERZ, Hans y SCHLUEP, Walter R. (eds.), *Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer*, Bern, 1980.
- CASTRO ESTRADA, Álvaro, “La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo”, en DAMSKY, Isaac Augusto (h), LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CLAY, Thomas, “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre et les règles du procès équitable”, en COMPERNOLLE, Jacques van y GIUSEPPE, Tarzia (eds.), *L’impartialité du juge et de l’arbitre. Étude de droit comparé*, Bruselas, Bruylant, 2006.
- 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.
- ESTAVILLO CASTRO, Fernando, “Ética en el arbitraje”, en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y REVOREDO MARSANO DE MUR, Delia (coords.), *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro, Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La responsabilidad de los jueces en el ordenamiento mexicano”, *Comunicaciones mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*, México, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 1984, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/414/4.pdf>.
- GAILLARD, Emmanuel y EDELSTEIN, Jenny, *Mediation in France*, Handbook on International Arbitration and ADR, American Arbitration Association, CARBONNEAU, Thomas E. (ed.), Nuntington, NY, Juris Net, 2006.

- GEIMER, Reinhold, en ZÖLLER, Richard *et al.*, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen-Kommentar*, Köln, Otto Schmidt, 2007.
- HABSCHEID, Walther Jakob, “Grundsätzliches zur Dogmatik des Schiedsrichtervertrages im schweizerischen Recht”, en RICHARD *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag*, Holzhammer, Wien, 1988.
- HACKING, Lord David, “Arbitration is Only as Good as its Arbitrators, Chapter 11”, en KRÖLL, Stefan Michael *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Eric Bergsten International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, La Haya, Kluwer Law International, 2011.
- HOFFMANN, Bernd von, “Der internationale Schiedsrichtervertrag, eine kollisionsrechtliche Skizze”, en PLANTEY, Alain (comp.), *Festschrift für Otto-André Glossner zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1994.
- KARRER, Pierre y STRAUB, Peter, “Chapter on Switzerland”, en WEIGAND (ed.), *Practitioners Handbook on International Arbitration*, 2002.
- LALIVE, Jean-Flavien, “Some Practical Suggestions on International Arbitration”, en DUPUY, J. R. (ed.), *Droit et Justice, Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, Paris, A. Pedone, 1999.
- MACKIE, James C. S., “The Grain and Feed Trade Association and Immunity of Arbitrators”, en LEW, Julian D. M., *The Immunity of Arbitrators*, London *et al.*, 1990.
- MAYER, Pierre, “Imperium de l’arbitre et mesures provisoires”, *Études de procédure et d’arbitrage, Mélanges J-F. Poudret*, Lausanne, 1999.
- MEHREN, Robert B. von, “Concluding Remarks”, *The Status of the Arbitrator—Special Supplement*, Paris, ICC Court of International Arbitration, 1995.
- MIRÓ GILI, Màrius, “La posible intervención del árbitro y/o la institución arbitral en el procedimiento de anulación del laudo”, en MONTAÑA, Miguel y SELLARÉS, Jordi (coords.), *Arbitraje. Comentarios prácticos para la empresa, coincidiendo con la reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje*, cap. 11, Madrid, 2011.
- OPPETIT, Bruno, “Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel: À propos d’une jurisprudence récente”, *Rev. Arb.*, 1977.
- PARK, William W., “Chapter 2, The four musketeers of arbitral duty: neither one-for-all nor all-for-one”, en DERAÏNS, Yves y LÉVY, Laurent, *Is Arbitration only as Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*, Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2011.

- POSCHER, Ralf, “Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation”, en TIERSMA, Peter y SOLAN, Lawrence M. (eds.), *Linguistic Issues in Statutory Interpretation, The Oxford Handbook of Language and Law*, Oxford, 2012.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “Incumplimiento y responsabilidad de los arbitros”, en GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (eds.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.
- SCHLOSSER, Peter, “Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, §§ 916-1068 EG ZPO”, vol. 9, en STEIN, Friedrich y JONAS, Martin (eds.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.
- SCHWAB, Karl Heinz, “Schiedsrichterernennung und Schiedsrichtervertrag”, en GERHARD, Lüke y JAUERNIG, Othmar (eds.), *Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag*, München, 1976.
- VEEDER, V. V., “L’indépendance et l’impartialité de l’arbitre dans l’arbitrage international”, en *Médiation et Arbitrage, Alternative Dispute Resolution, Justice Alternative ou Alternative à la Justice? Perspectives Comparatives*, París, Lexis-Nexis, 2005.

Documentos de sitios web

- “ARBITRAJE y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales. Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral, punto 31”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), s. f.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *La ética en el arbitraje internacional*, junio de 2003, disponible en: <http://twitdoc.com/upload/ensata/arbitraje-y-etica.pdf>.
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia y VALDÉS ROBLEDO, Sandra, “Responsabilidad de los servidores públicos. Estudio teórico doctrinal. Antecedentes, derecho comparado, e iniciativas presentadas en el tema en esta LX Legislatura”, México, Subdirección de Política Interior, SPI-ISS-07-07, abril de 2007, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, 2007, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-07-07.pdf>.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, “¿Qué pasa cuando un juez se equivoca?”, *La Silla Rota*, 18 de agosto de 2011, disponible en: <http://www.lasillarota.com/component/k2/item/18489-%C2%BFqu%C3%A9-pasa-cuando-un-juez-se-equivoca> (fecha de consulta: 6 de julio de 2013).

- GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo Luis, *El arbitraje y la responsabilidad de los árbitros*, disponible en: www.ajeuba.campusuniversidad.com.ar, s.f., y en: http://ajeuba.campusuniversidad.com.ar/courses/ARBITRAJECOMERCIAL10AJE/document/El_arbitraje_y_la_responsabilidad_de_los_%E1rbitros.html?cidReq=ARBITRAJECOMERCIAL10AJE.
- HERNANY VEYTIA, Palomino, “El perfil del árbitro comercial internacional”, artículo publicado en la página web del Centro de Arbitrajes de México, s. f.
- HUHTALA, Jouko, “Arbitrator’s Liability Explained”, *Newsletter del ILO International Law Office*, May 25, 2000.
- MERINO MERCHÁN, José Fernando, “Confidencialidad y arbitraje”, *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 2, 2008.
- 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.

Actas de conferencias

- CHABAS, François, “La noción de culpa en el derecho francés”, conferencia sustentada en la Universidad Iberoamericana el 13 de marzo de 1989, 1989.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El juicio de amparo mexicano y el recurso constitucional federal alemán (breves reflexiones comparativas)”, trabajo presentado en el congreso organizado por la Asociación Mexicano-Alemana de Juristas en la Ciudad de Karlsruhe, República Federal de Alemania, durante los días 10 a 12 de septiembre de 1992, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXVI, núm. 77, mayo-agosto de 1993.
- ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo, “Arbitraje privado. ¿Procede el amparo en contra del laudo que le pone fin?”, discurso ante la Comisión de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, 23 de abril de 2013, 2013.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar, “La responsabilidad civil de los árbitros”, presentación en la Jornada sobre Responsabilidades Profesionales, Arbitraje y Seguro Obligatorio, 1o. de abril de 2014, Barcelona, UCEAC, 2014.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “Dirigir el procedimiento, primer paso para un pluralismo jurídico y un derecho siempre en

BIBLIOGRAFÍA

171

construcción”, participación de la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas en el desayuno de trabajo de la Comisión de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, México, el 5 de octubre de 2004.

SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “El sistema de responsabilidad de los servidores públicos y la supletoriedad procesal, diferenciar es conveniente”, participación de la señora ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en la inauguración del ciclo de conferencias organizado por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo con motivo de la publicación de la nueva Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en el auditorio de la misma Secretaría, el 21 de mayo de 2002, México, 2002.

VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A., “Las responsabilidades de los jueces”, conferencia magistral dictada durante la ceremonia de inauguración del Congreso Nacional sobre el Consejo de la Judicatura Federal e Independencia, organizado por la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, 18 de mayo de 2011, Cholula, Puebla, 2011.

ACERCA DEL AUTOR

Mauricio Jorn Foeth Persson es egresado de la Facultad de Leyes de la Universidad de Hamburgo, Alemania, y doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Cuenta con cédula profesional mexicana y es abogado ante la Barra de Berlín, Alemania. Cursó diplomados de arbitraje de inversión en el Tecnológico de Monterrey y en el CAM, así como en la Escuela Libre de Derecho.

En 2005 inició su carrera profesional como asociado en la oficina en México de un despacho internacional con sede en Nueva York, Estados Unidos, donde lideró el *German Desk*. En 2013 se unió al despacho MOWAT Rechtlich & Gentan I, S. C.

Cuenta con 14 años de experiencia en la asesoría a empresas europeas, principalmente con respecto a sus inversiones en México; se enfoca en proyectos *cross-border* y coadyuva con empresas extranjeras para establecer o consolidar sus operaciones en México. Asesoró a inversionistas extranjeros en transacciones comerciales complejas, fusiones y adquisiciones, establecimientos de plantas en el sector automotriz y autopartes. Debido a su formación como abogado alemán y mexicano, asesora a empresas grandes y medianas de alto perfil en toda Europa, particularmente de habla alemana, así como en Estados Unidos.

Su formación internacional lo posiciona como un abogado con una perspectiva legal única y amplia. Su profundo conocimiento y comprensión de varias jurisdicciones legales y culturas le permiten ofrecer asesoría más allá de lo técnico legal y diseñar estrategias y soluciones legales en la medida en que se toman en consideración los objetivos comerciales y la cultura corporativa del cliente. Es abogado de confianza de diversas embajadas europeas.

Ha sido ponente en diversos congresos internacionales y en las cámaras de la industria en Alemania.

Responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial internacional en México, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 29 de noviembre de 2019 en los talleres de Ultradigital Press, S. A. de C. V., Centeno 195, Valle del Sur, alcaldía Iztapalapa, 09819 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470, ext. 364. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *Holmen book* 70 x 95 de 55 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).

El objeto de esta obra es esclarecer si existen sistemas jurídicos mexicanos que rigen la responsabilidad del árbitro en el arbitraje comercial, y, en caso de no existir, desarrollar una propuesta de conceptos para una regulación particular.

Una de las ventajas más importantes del arbitraje es la libertad de las partes para escoger al árbitro que decidirá sobre su disputa. Las partes depositan su confianza en los árbitros y en su decisión. Se ha comprobado que, en la práctica, el arbitraje sólo es tan efectivo como sus árbitros.

Se podría pensar que la pérdida de confianza en un árbitro no es un problema serio, dado que sólo se trata de una solución de disputas entre privados por un privado, basada en la obligación del árbitro de proporcionarle solución a un problema. Sin embargo, el arbitraje ha evolucionado a un serio sistema alternativo de solución de controversias. El sistema se verá afectado, por tanto, por la mala calidad de un árbitro. Las partes tienen derecho a recibir un arbitraje óptimo, con árbitros preparados y responsables.

Los árbitros, por lo general, no trabajan *pro bono*, sino que reciben una compensación, que puede ser sustancial, dependiendo del monto en disputa. El procedimiento arbitral conlleva tiempo, costos legales y gastos, que pueden ser importantes. Pero ¿qué pasa cuando los árbitros actúan con negligencia o dolo? En esos casos, la parte afectada se preguntará cuáles son los sistemas de control y de responsabilidad en la función del árbitro. La presente obra trata de proporcionar conceptos para regular estos casos.

