

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

[...]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. Hyunday 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, 1^e 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 Ditchey⁴⁷ 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 Ditchey, 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*, Cadet, Loïc (dir.), thèse, Rennes I, 1996; Cadet, Loïc, “Chronique de droit judiciaire privé. De la responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice”, *JCP I*, 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 Ditchey, 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 Mitberücksichtigung 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 Schiedsgerichtspraxis*, 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 arndt Glossner 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; Cadet, 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, 1e 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; *RDAI*, 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.