

## 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”.<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup>

---

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

<sup>64</sup> Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María, *El arbitraje..., cit.*, p. 196.

<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup> 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”.<sup>67</sup> 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-

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

<sup>67</sup> Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 737.

nes de aptitud, idoneidad y utilidad para zanjar la cuestión planteada”.<sup>68</sup> Predominantemente en los países latinos se considera que la obligación del árbitro es de resultados.<sup>69</sup> La distinción en la teoría entre obligaciones de medios (hacer) y de resultados, remonta a Réné Demogue,<sup>70</sup> y posteriormente a los franceses Mazeaud,<sup>71</sup> Tunc,<sup>72</sup> Frossard,<sup>73</sup> Maury,<sup>74</sup> Bellissant,<sup>75</sup> y Eneccerus-Lehmann en Alemania.<sup>76</sup> 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

<sup>68</sup> *Idem*.

<sup>69</sup> Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 4220.

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

<sup>71</sup> 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.

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

<sup>73</sup> 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.

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

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> 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 Mael, “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el C.C”, en González García (coord.), *Contratos de servicios y de obra*, Universidad de Jaén, 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.<sup>77</sup>

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 reglas<sup>78</sup> 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

<sup>77</sup> Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 738.

<sup>78</sup> 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迫使自己 to force the arbitrator to 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.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup> 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.

<sup>79</sup> Artículo 2548 del Código Civil Federal.

<sup>80</sup> Artículo 2549 del Código Civil Federal.

<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> 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 excede 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.<sup>83</sup> Lo anterior, con fundamento 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.

---

<sup>82</sup> Artículo 2555 del Código Civil Federal.

<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup> 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 presonae*. 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.<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup>

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

<sup>84</sup> 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”.

<sup>85</sup> Artículo 2579 del Código Civil Federal.

<sup>86</sup> Artículo 2560 del Código Civil Federal.

<sup>87</sup> Pelayo Jiménez, Ramón Carlos, *op. cit.*, p. 734.

<sup>88</sup> *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 géneris*

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.<sup>89</sup> La figura del contrato *sui géneris* 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.<sup>90</sup> Esto refleja la complejidad del arbitraje, mezcla de diversos elementos jurídicos, al cual no aplican las definiciones contractuales conocidas en el derecho civil.<sup>91</sup> Rivero Hernández lo describe de la siguiente manera:

<sup>89</sup> Para la doctrina española, véase Diez-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, ZZP 1953, 152, 155; citado en Gal, Jens, *op. cit.*, p. 57, notas al pie 260, 261 y 262.

<sup>90</sup> Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, pp. 4219 y 4221.

<sup>91</sup> 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.<sup>92</sup>

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.<sup>93</sup> 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-

<sup>92</sup> Rivero Hernández, Francisco, “Incumplimiento y responsabilidad de los árbitros”, en Gonzalez Porras, J. M. y Mendez González, F. P. (eds.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albala-dejo 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*.

<sup>93</sup> 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 cuasi-juez 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.<sup>94</sup> 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.<sup>95</sup> Pero el laudo sólo puede ser anulado de acuerdo con un *numeris 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.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup> 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

<sup>94</sup> Gal, Jens, *op. cit.*, p. 96.

<sup>95</sup> *Idem.*

<sup>96</sup> *Idem.*

<sup>97</sup> 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 comprometientes 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 comprometientes 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. Esclarecemos 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.<sup>98</sup> 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.

---

<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup>

## 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*).<sup>100</sup> 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*.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup>

En el derecho francés, además del término *receptum arbitrii*, se han establecido términos como el *contrat d'investiture*,<sup>103</sup> el *contrat d'investiture arbitrale*,<sup>104</sup> o el *contrat d'investiture de l'arbitre*.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup> La doctrina francesa ha optado por el nombre *contrat d'arbitrage*.<sup>107</sup>

<sup>99</sup> Gal, Jens, *op. cit.*, p. 99.

<sup>100</sup> Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 197.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>103</sup> 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; Foucharde, 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.

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

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

<sup>106</sup> Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 198.

<sup>107</sup> 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*<sup>108</sup> para regresar al de *contrat d'arbitrage*.<sup>109</sup> 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.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> 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.

<sup>108</sup> 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.

<sup>109</sup> 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.

<sup>110</sup> Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 197.

<sup>111</sup> *Idem.*

<sup>112</sup> *Idem.*

arbitraje y ésta con el árbitro.<sup>113</sup> Clay sugiere nombrar el contrato simplemente *contrat d'arbitre*.<sup>114</sup> 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.<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup> También se ha propuesto el término *contrat de magistrature arbitrale*.<sup>117</sup> 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.<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup> 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

---

<sup>113</sup> *Idem.*

<sup>114</sup> Clay, Thomas, *L'arbitre...*, cit., numerales 618 y ss.

<sup>115</sup> Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 198.

<sup>116</sup> *Idem.*

<sup>117</sup> *Idem.*

<sup>118</sup> *Idem.*

<sup>119</sup> Magistrature n. f. XVe siècle. Dérivé de magistrat. 1. Dignité, charge de magistrat. Exercer une magistrature. La magistrature suprême, la charge de chef de l'Etat. 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. Etat, 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.<sup>120</sup>

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.<sup>121</sup> La doctrina francesa<sup>122</sup> y la jurisprudencia<sup>123</sup> han aceptado esta categorización.<sup>124</sup>

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-

---

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> Sorrente, Jean-Yves, *op. cit.*, p. 197.

<sup>122</sup> 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.

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> 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.<sup>125</sup> La doctrina francesa estima que el contrato liga a todos los árbitros con todas las partes.<sup>126</sup>

### 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*<sup>127</sup> o *contrato de dación y recepción del arbitraje*.<sup>128</sup>

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.<sup>129</sup> Sigue Pelayo Jiménez:

---

<sup>125</sup> Clay, Thomas, *L'arbitre...*, *cit.*, numeral 627.

<sup>126</sup> Lionnet, Klaus, “The Arbitrator’s Contract”, *Arb. Int.* 15, núm. 2, 1999, p. 164.

<sup>127</sup> Cordón Moreno, Faustino, *op. cit.*, p. 29.

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

<sup>129</sup> 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).<sup>130</sup>

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.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> *Idem.*

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 735.