

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 todos 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*, Heidelbereger 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 emanen 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 Crawford, *Commercial Arbitration-2001 Companion Volume to the Second Edition*, London, Butterworths (Canada) Limited, 2001, pp. 220 y ss.

¹³⁹ Boisséson, Matthieu de y Juglart, Michel de, *Le droit française de l'arbitrage: étude de l'arbitrage interne: annexes, l'arbitrage international (décret 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 Schiedermair 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 otorgados 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 Cerdón Moreno, Faustino, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

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

¹⁴³ *Idem*. Pelayo Jiménez estipula que “[a]ll 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 pudiera 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.iccubo.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 consentimiento.

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, München, 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 excede 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.