

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