

INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 40

Limitación de responsabilidad

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

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

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

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

¹⁴ Brown, Jenny, *op. cit.*, p. 9.

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

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