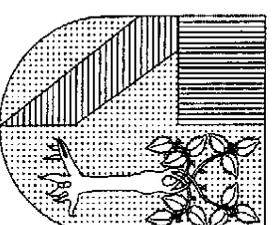


ABRS IURIS

NÚMERO

37

2007



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

EL ARBITRAJE EVALUADO:
COMENTARIOS SOBRE
EXPERIENCIAS RECIENTES
EN MÉXICO

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

Big cases make bad law.
(viejo adagio jurídico)

SUMARIO: I. Introducción. II. La patología. III. Barómetro de efectividad de una rama. IV. El éxito del arbitraje en casos importantes. V. Lecciones. VI. Comentario final.

I. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes casos dramáticos han puesto en tela de juicio la eficacia, y por ende la conveniencia de utilización, del arbitraje. En este comentario abordaré *in abstracto* el cuestionamiento. El motivo es doble: la participación del autor –en papeles distintos– en algunos de ellos; y la objetividad que brinda el despersonalizar un problema.

Para lo anterior resumiré la problemática que los casos han presentado (§II), analizaré la existencia de una medida conceptual bajo la cual pueda evaluarse la disciplina (§III), trataré su-

cintamente las áreas en las que el arbitraje ha sido exitoso (§§IV), para concluir con observaciones finales (§§V).

II. LA PATOLOGÍA

Una prognosis sería necesariamente que comenzar por definir la causa de la patología. De lo contrario, lo único que se obtendría son conclusiones falaces. Y lo que es peor, medicinas que no curan el malestar estudiado. Dicho de otra manera, el primer paso es determinar si el problema estudiado refleja un defecto de la *herramienta misma*, o del uso de la misma. Mientras que el primer caso justificaría las críticas, el segundo las disiparía, o dirigirla al usuario.

Los casos que la experiencia nacional reciente ha presenciado mostraban algunos de los siguientes problemas: un laudo anulado o una cláusula arbitral que, por motivos diversos, no probó ser efectiva al no lograr canalizar todas las controversias de una relación jurídica determinada al foro arbitral. Una tercera —aún más rara— fuente de problemas han sido intervenciones judiciales que han entorpecido el procedimiento arbitral. Existe la posibilidad de que otras áreas del proceso arbitral generen problemas, pero al no estar presentes no las abordaré.¹

III. BARÓMETRO DE EFECTIVIDAD DE UNA RAMA

Evaluar es difícil. Quien dé clases puede corroborarlo. La labor de juzgar supone una altura intelectual, ética y cognoscitiva que no cualquiera puede desempeñar. Concienciar la dificultad facilita la labor.

El primer paso que el evaluador debe dar es definir bajo qué parámetros está evaluando. En comparación con qué se evalúa. Es decir, en comparación con qué regla conceptual se mide la

conducta evaluada. No hacerlo restaría seriedad al resultado y lo haría incoherente con los otros resultados que el evaluador eventualmente emita.

Pregunto al lector: ¿cuál es el estándar bajo el cual puede medirse la efectividad de una disciplina? Cualquier disciplina. Antes de continuar sugiero que se detenga y medite sobre ello. Vale la pena.²

Siguiendo una noción pragmática³ y utilitarista,⁴ podría arguirse que la forma de evaluar una disciplina es atendiendo a sus resultados. Si son “buenos”, la disciplina es eficaz y por ende útil. Si no son “buenos”, lo inverso.

Pero, ¿cuándo son “buenos” los resultados? ¿Qué los hace “buenos” y qué los hace “malos”? La pregunta parece banal, pero no lo es; particularmente si se tiene en mente un aspecto (paradójico en apariencia) de una regla: entre más eficiente es, más parece que no se necesita.⁵

El cuestionamiento del que parte este ensayo brinda un criterio para calificar de “bueno” o de “malo” un resultado: la exis-

² Posiblemente haya quien considere que lo que a continuación diré raya en lo filosófico, pero considero que toda conducta sin una filosofía detrás es vacua y probablemente errática. Lo que es más, pierde la oportunidad de hacer una diferencia en la realidad. Siempre he pensado que la diferencia entre quienes filosofan y los que no es que los primeros se hacen preguntas a sí mismos que los segundos no. Aunque admito que hay quien disiente: Hume decía que no existe razón para estudiar filosofía, más que pasar el tiempo (!). Y cuestionar es útil, pero exige algo que la inercia cotidiana obstaculiza: la reflexión detenida. Entonces, filosofemos.

³ El pragmatismo como principio fue por primera vez enunciado por C. S. Peirce, quien sostenía que para ver con claridad un objeto debían analizarse los efectos prácticos del mismo.

⁴ El utilitarismo consiste en examinar algo bajo la siguiente lupa: lo que es bueno es aquello que genera placer o felicidad; lo que es malo es lo que genera dolor o infelicidad. Por consiguiente, un estado de las cosas es mejor que otro si genera —en forma agregada— más placer que dolor. De todas las alternativas, la mejor será aquella que ofrezca un mejor balance de placer sobre el dolor.

⁵ La justificación de existencia de una regla es que la misma *pueda* ser violada. De lo contrario, sobra. ¿Por qué? Pero existe un riesgo: invita a que el éxito de la regla se confunda (irónicamente) con su inviolabilidad y por ende innecesidad. ¿Cómo distinguir?

¹ En caso de desear abundar, una obra reciente toca el tema: *El arbitraje y la Judicatura*, Porrúa, 2007.

tencia de fracasos.⁶ Entiendo por "fracasos" aquellos casos en que (1) el acuerdo arbitral no tuvo efectos; o (2) fue imposible obligar a la parte a quien el laudo hace una condena a que la cumpla. ¿Es la ausencia de fracasos la medida de bondad o utilidad de una disciplina?

Creo que el lector estaría de acuerdo en que no existe el esfuerzo humano perfecto. Y la ciencia jurídica es justamente eso: un esfuerzo humano.

Seguramente nadie postula que para que una disciplina jurídica sea tildada de útil o exitosa el 100% de los casos debe acabar felizmente. Pero lo contrario también parece igual de cierto: una disciplina con un éxito de 1% difícilmente podría calificarse de exitosa. ¿Dónde traza uno el umbral de efectividad? ¿En 50%? ¿En 75%? ¿En 90%? ¿En 95%? ¿En 99%? ¿En 99.9%?

Además, ¿cómo contar los casos? ¿Qué sucede si el fracaso deriva de cuestiones exógenas, por ejemplo, corrupción? ¿Es el método de porcentajes apropiado? Después de todo, entre más exitosa es una institución menos se usa,⁷ lo cual escondería el éxito evidente de la misma.

Por último, aun el fracaso de la misma difícilmente milita a favor de su eliminación. Por ejemplo, hay quien sostiene que el derecho penal tiene un índice alto de fracasos.⁸ ¿Quiere ello decir que podemos dispensar del mismo?

Una aguda observación de un destacado jurista internacional puede servir para resolver el dilema. Louis Henkin sostenía que:⁹

⁶ Presumiblemente, el cuestionamiento sobre la eficacia del arbitraje se basa en la existencia de fracasos.

⁷ El motivo descansa en una lección del análisis económico del derecho: la certeza de una sanción es más importante que su severidad. Aun un pequeño castigo puede disuadir conducta ilícita si existe certeza en su aplicación.

⁸ Por ejemplo, Guillermo Zepeda Lecuona evidencia que en México alrededor de 1.6% de los delitos llega a proceso penal. Véase *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, México, Fondo de Cultura Económica, CIDAC, 2004, p. 281.

⁹ Louis Henkin, *How Nations Behave*, Yale University Press, 2a. ed., 1979, p. 47.

Almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time.

[Casi todas las naciones observan casi todos los principios de derecho internacional y casi todas sus obligaciones casi todo el tiempo.]

Creo que dicho estándar (preponderancia) es apropiado para juzgar la efectividad de una rama jurídica.

Y bajo el mismo, sin reparo alguno, asevero que el derecho arbitral mexicano es eficaz (y por ende útil): *casi todas las personas que acuden al mecanismo arbitral obedecen casi todas las veces casi todas las obligaciones derivadas de un acuerdo o laudo arbitral.*

Los casos desafortunados siguen siendo excepcionales. Invito a que se cuenten a la luz del porcentaje de casos existentes.¹⁰ Como fundamento de la aseveración de excepcionalidad de los fracasos no sólo hago alusión a la práctica mexicana, sino a la internacional. El arbitraje ha sido utilizado en materias diversas y ha funcionado. A continuación se tratarán dichos casos, aunque sucintamente.

IV. EL ÉXITO DEL ARBITRAJE EN CASOS IMPORTANTES

Las evaluaciones polares tienden a ser precipitadas, superficiales y poco meditadas. Por ejemplo, decir "el arbitraje no sirve" necesariamente exige la pregunta de ¿para qué? Es dudoso que el emisor de la apreciación en verdad considere que no sirve para nada. Después de todo, el arbitraje ha sido utilizado como método para resolver crisis sociales serias. Los ejemplos abundan. Enunciaré algunos.

1. Las Comisiones de Reclamaciones establecidas después de la Revolución mexicana en los años 1923 y 1934 con

¹⁰ Algo —es de admitirse— difícil dada la confidencialidad del arbitraje.

2. La crisis de rehenes Irán-Estados Unidos que dio como lugar la creación de un tribunal arbitral en los Países Bajos que conoció de las reclamaciones de inversionistas en Irán.¹⁸
3. La Comisión de Reclamaciones de las Naciones Unidas establecida para compensar a las víctimas de la ilícita ocupación de Kuwait por Irak.¹⁹

¹¹ México y Estados Unidos establecieron una Comisión General de Reclamaciones mediante la Convención General de Reclamaciones (*General Claims Conventions*) firmada en Washington el 8 de septiembre de 1923. A su vez, existió una Comisión Especial de Reclamaciones creada mediante una Convención Especial de Reclamaciones (*Special Claims Conventions*) firmada en la Ciudad de México el 10 de septiembre de 1923.

¹² La Convención de Reclamaciones México-Alemania fue aceptada en términos sustancialmente parecidos a la de México-Estados Unidos aunque con ciertas diferencias importantes. Fue firmada en la Ciudad de México el 16 de marzo de 1925.

¹³ Convención de Reclamaciones México-España, firmada en la Ciudad de México el 25 de noviembre de 1925.

¹⁴ Convención de Reclamaciones entre México y el Reino Unido, firmada el 10 de septiembre de 1926.

¹⁵ Convención de Reclamaciones entre México e Italia, firmada en la Ciudad de México el 13 de enero de 1927.

¹⁶ Acuerdo del 14 de mayo de 1927 por el que se estableció un "Tribunal Arbitral Administrativo" que consistiría de dos miembros que en caso de desacuerdo llamarían a un tercero (*umpire*).

¹⁷ Comisión Especial creada por la *Special Claims Convention* entre Estados Unidos y México del 21 de marzo de 1924.

¹⁸ *Iran-U.S. Claims Tribunal*, establecido por los Acuerdos de Algeria ("Algiers Accords") de 1981 al tenor de los cuales Irán liberó a los rehenes de Estados Unidos a cambio de la liberación de activos de Irán por parte de Estados Unidos y el desechamiento de procedimientos seguidos en dicho país como resultado de la invasión de manifestantes de la Embajada de Estados Unidos en Irán el 4 de noviembre de 1979.

¹⁹ *United Nations Claims Commission* ("UNCC"). Podría cuestionarse si se trata de "arbitraje" pues la UNCC es un órgano administrativo que decide no hacer determinaciones sobre responsabilidad (la Resolución 687 del Consejo de Seguridad hizo responsable a Irak bajo derecho internacional por la ocupación ilícita de Kuwait), su misión es compensar a las víctimas de la invasión de Kuwait por Irak por los daños

4. El *Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland* creado para ventilar las reclamaciones sobre titularidad de las "cuentas durmientes" en Suiza por los herederos de las víctimas del Holocausto que hayan depositado dinero y otros valores en bancos suizos, mismo que puso fin a un problema que tomó más de medio siglo resolver.

5. Las comisiones *ad hoc* establecidas entre la República de Etiopía y el Estado de Eritrea para poner fin a la disputa territorial entre dichos países y para arbitrar las reclamaciones que resultaron de las violaciones al derecho internacional humanitario.²⁰

6. El arbitraje de inversión, que despolitiza controversias entre inversionistas extranjeros y Estados anfitriones de inversiones, mismas que históricamente han llegado a dar lugar a incidentes bélicos.²¹

7. El arbitraje deportivo, que ha servido como foro para dirimir eficientemente controversias entre deportistas.²²

8. El arbitraje de comercio internacional, gracias al cual en la actualidad se ha procurado un Estado de derecho del comercio internacional nunca antes presenciado.²³

sufridos. La UNCC ventilo y resolvió 900 000 reclamaciones individuales por salidas forzadas, 6 000 reclamaciones individuales por daños personales o muerte; 1.7 millones de reclamaciones individuales de hasta 100 000 dólares y casi 11 000 reclamaciones individuales que excedían 1 000 000 de dólares. Dado que he hecho alusión al cuestionamiento sobre la naturaleza, me pronunciaré; si se trata de arbitraje. El que su misión (y *itis*) sea limitada no muda su naturaleza.

²⁰ Acuerdo de Amistad (*Peace Agreement*) del 12 de diciembre de 2000.

²¹ Por ejemplo, la práctica del *Gambati Diplomacy*. A su vez, el derrocamiento de los gobiernos de Mossaddegh en Irán y de Allende en Chile fueron instancias evidentes de uso de la fuerza en relación con esta materia.

²² Para abundar véase González de Cossío, *Arbitraje deportivo*, Porrúa, México, 2006.

²³ Podría cuestionarse la importancia de esta disciplina. Es enorme. El bienestar del consumidor mundial nunca ha sido mejor gracias a la Organización Mundial de Comercio. Por si fuera poco, hay quien postula un nexo entre las políticas protectoristas de principios del siglo XX y los sentimientos sociales que dieron lugar a la Primera y Segunda Guerra Mundial.

9. La Comisión de Bosnia y Herzegovina,²⁴ establecida mediante el *Dayton Peace Agreement* que puso fin a la Guerra de los Balcanes entre Bosnia y Herzegovina y que busca ventilar y resolver las reclamaciones por bienes inmuebles cuya enajenación no fue voluntaria.²⁵
10. Es probable que se generen comisiones que ventilen y resuelvan reclamaciones derivadas de los conflictos humanitarios en Rwanda, Sierra Leona y Congo.

Ante el éxito del arbitraje como mecanismo para ventilar y resolver crisis sociales serias, ¿por qué hay quien cuestiona su utilidad? Hay quien contesta que se trata de una observación ignorante, que carece de base o que obedece a una agenda distinta. Es posible que ello sea cierto, pero prefiero suponer la inexistencia de dichas circunstancias para indagar si hay algo de mérito en la apreciación. Posiblemente algo podamos aprender que sirva para mejorar el mecanismo. Para ello, destilemos las lecciones.

V. LECCIONES

Para que una novela arbitral sea exitosa se necesitan tanto de buenos actores como de un buen guión. Me refiero a lo siguiente.

1. El guión: a) una buena cláusula arbitral; b) un buen laudo. 2. Los actores: a) un buen tribunal arbitral; b) buenos abogados de parte; c) un buen juez.

Comentaré cada uno por separado.

²⁴ *Commission for Real Property Claims and Displaced Persons and Refugees from Bosnia and Herzegovina*

²⁵ Durante el periodo de guerra existieron un sinnúmero de "transacciones" mediante violencia o lesión (*duress*), sin que existiera documentación confiable sobre la misma.

1. La cláusula arbitral

El guión debe estar bien elaborado, so pena de contar con una actuación trabucada. Muchos dolores de cabeza arbitrales obedecen a la necesidad de seguir o corregir lo dispuesto en una cláusula arbitral mal redactada. Deseo hacer eco de la lección más importante sobre cláusulas arbitrales, misma que es repetida *ad nauseam* por expertos: la mejor cláusula arbitral es la más sencilla; la copia *verbatim* de los reglamentos arbitrales que se desean utilizar.

Existe una "paradoja del acuerdo arbitral". Lo he dicho antes y lo repetiré: existe una correlación inversa entre el conocimiento del derecho arbitral y la extensión del acuerdo arbitral. Entre más sabe su autor, más concisa es. Y viceversa.

Es de esperarse que los abogados redactores de las mismas aprendamos la lección: ahogado el niño arbitral, tapemos el pozo con una cláusula prefabricada por la instrucción arbitral.

2. El laudo

El laudo arbitral es un acto jurídico complejo. La redacción del mismo equivale a construir un puente que sirva para resolver la controversia entre partes ubicadas en ambos lados del río de su diferencia. Dicho puente se elabora con base en ladrillos consistentes en principios y normas jurídicas. Reitero, ello es complejo. Implica no sólo tener información jurídica, sino ser jurista. Es por ello que los mejores árbitros tienden a ser justamente eso: juristas, no sólo practicantes (o mercaderes) del derecho.

Pero la complejidad no se queda en ello. Existen circunstancias diversas que el derecho escrito no contempla, de allí el papel de los (esotéricos) principios generales del derecho.

Además, el árbitro debe ser creativo. Pero al creativamente diseñar soluciones debe siempre ser justo.

Por si fuera poco, la psicología también juega un papel. Dado el principio de que no todos los argumentos deben necesaria-

mente quedar abordados y refutados en un laudo,²⁶ el árbitro debe tener la sensibilidad de detectar el nivel de importancia que las partes le otorgan a cada argumento con miras a no dejar de expresamente²⁷ examinar en el laudo aquellos en los que las partes hayan puesto más énfasis (y fe), y con la extensión debida. De lo contrario, podría encontrarse con la (frecuentemente vista) situación que la parte perdedora siente que no se le tomó en cuenta. Aunque ello no es óbice para la ejecución del laudo,²⁸ facilitaría su cumplimiento al transmitir el sentir que han sido justamente aquilatados sus puntos de vista.

Jurista, ingeniero jurídico, creativo, justo, astuto, y además psicólogo. ¡Bonito reto que tienen los árbitros!

3. El Tribunal Arbitral

“Tanto vale el arbitraje como el árbitro”, reza un adagio. Como lo expone atractivamente J. H. Carter: “The top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators”.²⁹

[Los tres temas más importantes en arbitraje internacional son los árbitros, los árbitros y los árbitros.]

El tema del árbitro merece un tratado.³⁰ En este contexto sólo indicaré que, dentro del contexto del éxito del arbitraje y

²⁶ Cuidado, no confundir “argumento” con “pretensión”. Mientras que no todos los argumentos tienen que ser expresamente abordados en un laudo, lo contrario es cierto de todas las pretensiones.

²⁷ El adjetivo es importante pues el que un argumento no haya sido expresamente tocado en el laudo no implica que el mismo no haya sido analizado, sino que ha sido contemplado en cualquiera que sea el resolutorio final. Ya sea a favor (si la pretensión fue aceptada) o en contra (si fue rechazada).

²⁸ Pues no es causal de nulidad ni negativa de reconocimiento y ejecución del laudo.

²⁹ “The Selection of Arbitrators”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 5, núm. 1-4, 1994, p. 84.

³⁰ Para abundar sobre la naturaleza, papel, derechos y obligaciones del árbitro puede consultarse “El Árbitro”, conferencia en honor al Dr. Rodolfo Cruz Miramontes, impartida el 17 de octubre de 2006 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la

las lecciones que la experiencia actual brindan, dos cuestiones son de enfatizarse: en la selección del árbitro tanto las partes como el árbitro mismo deben entender que el “árbitro de parte” (es decir, el designado por una de las partes) tiene que ser tan independiente e imparcial de la parte que lo designa como lo es de la otra parte en controversia. Dicho de otra manera, la designación del árbitro no implica que es “su” árbitro. Es un acto que forma parte de un conjunto de pasos derivados de la voluntad de las partes de contar con un tribunal cuyos miembros, *todos*, son totalmente independientes e imparciales.

El árbitro de parte no le debe nada a la parte que lo designa que no le deba a la contraparte de este último.

4. Los abogados de parte

Los abogados de parte deben comprender que el arbitraje no es un juicio más.³¹ Es un mecanismo *totalmente* distinto a los juicios locales de *cualquier* jurisdicción, que tiene su propio régimen y forma particular de hacer las cosas. No es inusual, y (evidentemente) tampoco incorrecto, encontrar con que un arbitraje *en México*³² es seguido de forma totalmente distinta a como se siguen los procedimientos locales. Esta verdad, que a algunos les parece de Perogrullo, a otros asombra. No debe.

5. El juez

La judicatura es una pieza esencial en el instrumento arbitral.³³ El juez y el árbitro son “socios”. No compiten; *cooperan*. Y la

Universidad Nacional Autónoma de México, y que será reproducido en el libro: *Homenaje al Dr. Rodolfo Cruz Miramontes*, 2007 (en prensa).

³¹ Una verdad a veces oculta o confundida por el hecho que el régimen del arbitraje se encuentra insertado dentro del Libro Quinto “De los Juicios Mercantiles”, del Código de Comercio.

³² Es decir, con sede en México.

³³ Inclusive hay quien los califica de “dos variables indispensables en el binomio de procuración de justicia”. Véase la ponencia: “El arbitraje y la Judicatura: un binomio

forma en que lo hacen está delicadamente calibrada en un régimen de excepción contenido en los artículos 1415 a 1463 del Código de Comercio.

Dentro de dicho régimen, la norma más importante es el 1421, que establece que fuera de las situaciones expresamente contempladas, el juez competente no puede participar. Ello obedece a la justificación misma de la existencia del arbitraje: el deseo de las partes de resolver su controversia en forma metajudicial.³⁴

VI. COMENTARIO FINAL

El arbitraje es una gran herramienta. Ha servido para canalizar y resolver problemas sociales serios. Dicha herramienta está subutilizada en México y América Latina. Lo que es más, a veces es *mal* utilizada.

Es de esperarse que las palabras anteriores sirvan para aprender las lecciones que las experiencias recientes han arrojado con miras a explotar todo el potencial que ofrece la herramienta arbitral.

necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica", X Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Campeche, 2007.

³⁴ Para abundar sobre esto, véase *La Judicatura y el arbitraje*, Porrúa, 2007.