

# LA PARTICIPACIÓN DE CONTADORES EN EL ARBITRAJE

*Francisco González de Cossío\**

## I. INTRODUCCIÓN

En forma creciente se observa la participación de contadores en arbitraje comercial internacional. Dicha participación tiene lugar tanto como expertos en materia contable, como árbitros.

En este estudio realizaré un comentario sobre las implicaciones tanto teóricas como prácticas que ello tiene, y brindaré algunos consejos al respecto.

## II. EL CONCEPTO DE ARBITRAJE

Por principio de cuentas conviene señalar qué es el *arbitraje*. El arbitraje es un método para resolver controversias, alternativo al litigio tradicional y a otros métodos menos formales, comúnmente denominados “mecanismos alternativos de solución de controversias”.<sup>1</sup>

En épocas recientes el arbitraje ha encontrado creciente aceptación y utilización en el medio jurídico y empresarial mexicano por diversos motivos. El primero, sin orden de particular importancia, es la creciente sofisticación de los negocios en México. El segundo es la apertura y modernización del sistema jurídico mexicano que, a partir de la década de los años ochenta, México implementó, y que ha tenido como resultado la utilización de instituciones legales más modernas.<sup>2</sup> Ello incluyó la adopción de un derecho arbitral moderno.<sup>3</sup>

En tercer lugar está la creciente insuficiencia del litigio para abordar con satisfacción controversias en ciertos nichos de mercado; en específico, los siguientes tres:<sup>4</sup> (1) controversias mercantiles;<sup>5</sup> (2) internacionales;<sup>6</sup> y (3) controversias técnicas/complejas.<sup>7</sup>

---

\* González de Cossío Abogados, S.C.

<sup>1</sup> Para profundizar sobre esto puede acudir a la obra ARBITRAJE, González de Cossío, Ed. Porrúa, 2004, Capítulo II. Entre estos mecanismos destaca la conciliación y la mediación.

<sup>2</sup> Un ejemplo de ello es el compromiso que, en artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, adquirieron los tres Estados parte de fomentar la utilización del arbitraje para resolver las controversias que surgieran en el área de libre comercio.

<sup>3</sup> México adoptó como derecho arbitral interno el instrumento internacional —en ese entonces— más moderno sobre la regulación del arbitraje: la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Dicho cuerpo normativo forma parte del Código de Comercio.

<sup>4</sup> Como así se hace hincapié en la obra ARBITRAJE, pgs. 1 y 567.

<sup>5</sup> El arbitraje es un medio ideal para contratos mercantiles puesto que constituye un medio flexible y poco formalista con pocas normas protectoras, lo cual es congruente con la noción que permea en todo el derecho mercantil que los hombres de negocios son peritos en negocios y cuentan con

La creciente participación de peritos en contabilidad (entre otras áreas) en el arbitraje es un caso particular del tercer nicho de mercado descrito.

### III. CASOS ESPECÍFICOS DE PARTICIPACIÓN DE CONTADORES EN ARBITRAJE

Existen tres formas en las cuales expertos en algún área técnica (en nuestro caso, contadores) pueden participar en el arbitraje: (a) como peritos; (b) como árbitros; y (c) en procedimientos de expertos. A continuación se tratará cada uno.

#### A. PERITO

Un perito es un experto en un área del conocimiento humano. Un tribunal acude a peritos cuando, entre los aspectos  *fácticos*  de la controversia, es necesario contar con conocimientos de los cuales carece el tribunal arbitral (tradicionalmente formado por abogados). Piénsese por ejemplo en la necesidad de determinar si una práctica contable de una empresa es conforme a un principio de contabilidad generalmente aceptado. A su vez, la necesidad de valorar daños y perjuicios es frecuente en el arbitraje, para lo cual se acude a contadores expertos en materia de valuación.<sup>8</sup> Esta es el área en donde con más frecuencia se encuentra la participación de contadores en el arbitraje.

#### B. ÁRBITROS

En ocasiones se contempla que contadores o despachos de contadores funjan como árbitros. En sí, si bien esta práctica es legalmente posible,<sup>9</sup> puede no siempre ser conveniente.

asesoría legal sofisticada, por lo cual es innecesario contar con normas protectoras propias de otras áreas, como lo son en derecho civil, penal, laboral, etc.

<sup>6</sup> En materia internacional se considera que el arbitraje es un buen mecanismo de solución de controversias puesto que brinda un elemento de *neutralidad* al no tener una de las partes que litigar su controversia en el foro de la otra parte.

<sup>7</sup> El valor agregado que el arbitraje brinda a las controversias técnicas o complejas es que permite una conveniente utilización de los recursos técnicos necesarios para correctamente ventilar y resolver una controversia que tiene un elemento técnico importante. Comparado con la opción (el litigio) existe un mejor manejo e inversión del tiempo/esfuerzo necesario que un caso particular pueda necesitar dadas sus características o complejidades particulares.

<sup>8</sup> Dado el foro, me he concentrado en ejemplos contables. Sin embargo, la variedad de ejemplos es infinita. Piénsese en la necesidad de hacer una determinación técnica en materia de ingeniería (por ejemplo, si los materiales utilizados en la construcción son los adecuados según los cánones técnicos de la ingeniería), medicina (por ejemplo, si un servicio médico es conforme con los estándares de conducta de la medicina con la finalidad de determinar si existe negligencia, y, por ende, responsabilidad profesional), etcétera.

<sup>9</sup> En algún momento existió diferencia de opinión sobre la posibilidad de que el “árbitro” o el “tribunal arbitral”, pudiera ser una persona moral en lugar de una persona física, lo cual es el caso tradicional. Dicha discusión parece haber sido resuelta en el sentido de permitirlo, puesto que no existe en derecho mexicano una definición de “árbitro” que exija lo contrario.

En mi opinión, es preferible contar con la asistencia de contadores como expertos que como árbitros. El motivo obedece a que el papel de árbitro es uno intrínsecamente legal. Conocimientos teóricos y prácticos legales serán necesarios para fungir como árbitro, particularmente en casos complicados. Piénsese por ejemplo en los siguientes pasos:

- a) La sustanciación del procedimiento arbitral;
- b) La decisión del tribunal arbitral sobre su competencia;
- c) La adopción de medidas precautorias;
- d) La valuación de pruebas;
- e) La redacción del laudo.

Todos los actos mencionados son, en su esencia, actos de naturaleza legal. Y no sólo eso, son pasos en los que aun abogados experimentados en ocasiones se enfrentan con tropiezos, y cuya experiencia legal tanto en arbitraje como en otras áreas resulta indispensable para resolver en forma satisfactoria problemas que sobre ello puedan surgir.

Por si fuera poco, estas actividades en ocasiones no encuentran un final feliz en la práctica, y no siempre porque exista falta de pericia o culpa del tribunal, sino porque se trata de actos *complejos* que con frecuencia se encuentran con dos situaciones que magnifican la dificultad del ejercicio: su legalidad es evaluada por tribunales estatales (en ocasiones (pre)dispuestos a encontrar cualquier motivo (o excusa) para restarles validez), y con frecuencia la parte desfavorecida intentará cualquier medida para anularlos o evitar su reconocimiento y ejecución. Por consiguiente, la experiencia en sutilezas jurídicas es no solo conveniente, sino indispensable, para evitar dar cabida a estas circunstancias.

No es que un no-abogado no pueda realizar éstas actividades, sino que la pericia de un experto —en este caso, un contador— es mejor empleada si se canaliza a las áreas en las que cuentan con una ventaja competitiva: *en los aspectos técnicos*. Es decir, como expertos que aporten su sabiduría técnica al tribunal arbitral.

Lo anterior no quiere decir que *nunca* sea recomendable contar con un contador en un tribunal arbitral. Una situación en la que ello puede justificarse puede presentarse cuando se trate de un tribunal pluri-membre, y que uno de los miembros sea contador, los demás siendo abogados, o por lo menos uno de ellos.

No faltará quien considere conveniente establecer un arbitraje con (o de) contadores en una relación comercial que cuente con un alto contenido técnico-contable. Aún así el paso puede ser riesgoso. La experiencia demuestra que inclusive en dichos casos surgen cuestiones legales que, siendo el ‘tribunal contable’ el competente para resolver *cualquier* controversia, necesariamente tendrá que decidir las cuestiones *legales* que surjan. A su vez, puede ser imposible o inconveniente<sup>10</sup> separar las cuestiones técnicas de las legales.

---

<sup>10</sup> Podría ser inconveniente, por ejemplo, por razones de eficiencia, para evitar procedimientos paralelos (por el riesgo de decisiones contradictorias) o por razones de confidencialidad.

También puede concebirse una situación en la que la controversia se reduzca a un aspecto exclusivamente técnico (contable). En este caso, la institución ideal no sería el arbitraje, sino un procedimiento de expertos, que ahora procederé a tratar.

### C. PROCEDIMIENTOS DE EXPERTOS

Debe diferenciarse el arbitraje con asistencia pericial del *procedimiento de expertos*. Esta última institución, conocida en el medio como “*Expertise*”,<sup>11</sup> constituye un mecanismo distinto de arbitraje. Mientras que el arbitraje dirime una controversia *legal*, el *Expertise* dirime una diferencia de opinión sobre un punto técnico.

Este tipo de procedimientos han sido utilizados en contratos en los que se vislumbra la posibilidad de que existan controversias sobre aspectos *técnicos* y no *jurídicos*; especialmente cuando la velocidad de la decisión es importante.<sup>12</sup>

A diferencia de lo mencionado sobre el papel de un contador como árbitro, el procedimiento de expertos es una institución en la que la participación del contador es, no solo conveniente, *sino ideal*, para cierto tipo de controversias (presumiblemente contables).

En caso de desear seguir un procedimiento que resuelva controversias meramente técnicas, posiblemente sea más útil acudir a reglamentos de *Expertise* que de arbitraje.<sup>13</sup> Dichos reglamentos contemplan un régimen detallado y experimentado sobre cómo deben de llevarse este tipo de procedimientos.<sup>14</sup> De seguirse dicho paso, es de procurarse que la cláusula que para ello sugieren dichos reglamentos se contemple *sin modificaciones*, y que se resista la tentación de pactar modificaciones convencionales a lo dispuesto en los reglamentos. El motivo es claro: de hacerse, lo más probable es que ello sea contraproducente. Después de todo, dichos reglamentos han sido redactados por expertos con experiencia en este tipo de procedimientos.

## IV. ¿QUÉ HACER SI EL PASO YA ESTÁ DADO?

Una pregunta obligada de lo anteriormente expuesto es ¿qué hacer en caso de que la cláusula arbitral ya contemple que contadores actuarán como árbitros?

La pregunta no es ociosa, muchos practicantes nos hemos encontrado con dicha situación.

Ante ello, es recomendable tomar alguno de los siguientes dos pasos: (1) modificar el acuerdo para incluir en el tribunal a un abogado experimentado en arbitraje; o (2) contar con asesoría legal externa de un abogado con dicho perfil. Si bien ello es

---

<sup>11</sup> El término proviene de un galicismo que alude a los procedimientos en los cuales una parte puede obtener una opinión experta antes de proceder con los puntos legales controvertidos.

<sup>12</sup> Por esta razón el *Expertise* ha sido muy utilizado en la industria de la construcción.

<sup>13</sup> Dos reglamentos de *Expertise* son recomendables: el Reglamento de Peritaje (*Rules for Expertise*) de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), y el Reglamento de Comprobación de Hechos (*Fact Finding Rules*) del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”).

<sup>14</sup> Para abundar sobre este procedimiento, véase González de Cossío, ARBITRAJE, pgs. 155 *et seq.*

recomendable durante todo el procedimiento, será de especial importancia durante la redacción del laudo. Como se explicó, dicha labor es delicada y trascendente, así como de naturaleza intrínsecamente legal.

## **V. COMENTARIO FINAL**

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que ha probado ser ideal en tres nichos de mercado: (1) mercantiles, (2) internacionales, y (3) complejas o técnicas. En dichos nichos la ciencia contable y los servicios de contadores como peritos en la misma ha demostrado no sólo ser útil, sino en ocasiones indispensable para lograr los fines de dicha institución: el establecimiento de un mecanismo *eficiente* para resolver controversias. Es de esperarse que dicha tendencia se acentúe, en la forma descrita en este comentario.