

ENERGÍA Y ARBITRAJE:
TODA OPCIÓN SUPONE UNA RENUNCIA.
COMENTARIO SOBRE LA CLÁUSULA ARBITRAL
CONTENIDA EN LOS CONTRATOS MODELO
DE LA RONDA 1

*Francisco González de Cossío**

Los modelos de Contrato Producción Compartida que forman parte de las bases de licitación de la Ronda Uno contienen la siguiente cláusula arbitral:

Arbitraje. ... cualquier otra controversia que surja del presente Contrato o que se relacione con el mismo, y que no haya podido ser superada después de tres (3) Meses de haber iniciado el procedimiento de consulta previsto en la Cláusula ..., deberá ser resuelta mediante arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (el “Reglamento CNUDMI”). Las Partes acuerdan que el Presidente de la Corte Internacional de Justicia será la autoridad nominadora del procedimiento arbitral. La Ley aplicable al fondo será la estipulada en la Cláusula ... y las controversias deberán resolverse conforme a estricto derecho. El tribunal arbitral se integrará por tres miembros, uno nombrado por la CNH, otro nombrado por el Contratista, y el tercero (quien será el Presidente) nombrado de conformidad con el Reglamento CNUDMI, en el entendido de que (i) la Parte demandante deberá nombrar a su árbitro en la notificación de arbitraje y la Parte demandada tendrá noventa (90) Días contados a partir de que reciba personalmente la notificación de arbitraje para nombrar a su árbitro, y (ii) los dos árbitros nombrados por las Partes tendrán no menos de sesenta (60) Días contados a partir de la aceptación del nombramiento del árbitro designado por el demandado para designar, en consultas con las Partes, el árbitro que actuará como Presidente del tribunal. El procedimiento arbitral se conducirá en español y tendrá como sede la Ciudad de La Haya en el Reino de los Países Bajos.

Dicho texto merece tres comentarios: la utilización de arbitraje *ad hoc*, la sede y el régimen de elección por cada parte, y la elección de la autoridad nominadora.

I. ARBITRAJE AD HOC

La cláusula opta por arbitraje *ad hoc*. Para ello, elige el Reglamento CNUDMI. Como alguien que durante seis años participó en su actualización,¹ difícilmente criticaré el contenido del reglamento. Se trata de un reglamento que refleja los paradigmas internacionales más aceptados. Por ende, al optar por un reglamento *ad*

* González de Cossío Abogados, SC. Árbitro, mediador y abogado en casos nacionales e internacionales. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

¹ Tuve el honor de representar a México como representante alterno ante el grupo de trabajo creado para ello por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para revisar y actualizar dicho reglamento.

hoc, se utilizó el mejor. Pero la elección de arbitraje no institucional tiene implicaciones dignas de consideración. En esencia: se pierde el valor agregado que da una institución arbitral – el cual no debe subestimarse, particularmente en proyectos de esta envergadura. Destaco tres aspectos de ello: costos, recusaciones y supervisión.

A. COSTOS

El Talón de Aquiles del arbitraje *ad hoc* son los costos. Mientras que en arbitraje institucional de ello se encarga la institución arbitral, en arbitraje *ad hoc* tiene que ser manejado por el tribunal arbitral. Ello genera problemas, que se acentúan en los arbitrajes que involucran grandes proyectos y cuando ante árbitros nuevos.

Comencemos por el principio. El manejo del tema financiero por el tribunal arbitral es incómodo tanto para el tribunal como para las partes, así como la fuente de problemas frecuentes. Del lado del árbitro, exige manejar tres cuestiones que son sensibles, y fáciles de mal entender: el monto, los anticipos, y ajustes.

Respecto del **monto**, la estipulación del honorario al principio del asunto es sensible, pues tiene que encontrarse un común denominador que sea apropiado al tribunal y a las partes. Ello implica diálogo con el tribunal, del género que puede ser difícil conllevar al comienzo del asunto, dadas las psicologías de grupo que detona. Cotéjese con el caso del arbitraje institucional: de ello se encarga un tercero: la institución arbitral.

Anticipos: Las características del proceso *ad hoc* exigen pedir los montos por adelantado. Y la experiencia enseña que es conveniente exigirse como condición para comenzar, so pena de invitar problemas procesales posteriores. (Como lo son la (frecuente) táctica de una de las partes de no pagar.) Ello puede complicar pues la relación comienza y las partes y el tribunal pueden a penas estarse conociendo. Además, la exigencia de pago por adelantado puede ser malentendida o mal percibida. Pero de no insistirse en ello, fácilmente puede ocurrir que, prestado el servicio, el tribunal tenga dificultad (inclusive imposibilidad) de cobrar. Todo ello se habría evitado con arbitraje institucional.

En cuanto a **imprevistos**, no es infrecuente que la cantidad de trabajo que se observa al principio cambie a lo largo del asunto. Por ejemplo, no es raro observar que, aunque las partes acuerdan los pasos y plazos procesales —incluyendo el que exista un número finito de escritos— luego solicitan (a veces múltiples) medidas precautorias, o generan complicaciones procesales cuya solución incrementa la laboriosidad – a veces seriamente. Si ello no se contempló en la fijación del honorario, es natural que el tribunal necesite realizar un ajuste. Si esto no es entendido por las partes, o es efectuado sólo por una de ellas, puede invitar fricciones, malos entendidos, inclusive problemas.

Del lado de las partes el tema puede ser incómodo pues la estipulación del honorario o la solicitud de ajustes puede invitar objeciones válidas de las partes, mismas que pueden no sentirse cómodas en realizar por miedo a invitar desagrado de quien las juzgará. Esta preocupación puede ser seria y puede invitar la percepción —a veces actualización— de abuso.

A su vez, las partes pueden válidamente sentirse desconfiadas de que, pagado el violinista, se les toque un mal son. Esta (importante) preocupación se disipa ante arbitraje institucional: la institución será la tenedora de los recursos y fijará el honorario de los árbitros una vez concluido el asunto, con conocimiento de la laboriosidad, complejidad y calidad del servicio prestado. Y el régimen es tal que incentiva la prestación de un buen servicio.

Por todo lo anterior, es preferible que un tercero (la institución administradora) maneje el dinero. Ello se pierde al no optar por arbitraje institucionalizado.

B. RECUSACIONES Y TÁCTICAS

De existir un cuestionamiento sobre un árbitro o el tribunal arbitral, cuando ante arbitraje institucional, existe un tercero que puede decidir sobre ello: la institución arbitral. De tratarse de arbitraje *ad hoc*, esto tendría que encausarse ante el juez competente. *Per se*, no hay nada de malo con hacerlo. Pero si se compara con la opción, se nota la distinción. La decisión sobre recusación con frecuencia suscita decisiones delicadas sobre aspectos pragmáticos sutiles o que distan de ser evidentes. Al ser tomada por una institución arbitral se procura que la decisión esté en sintonía con los paradigmas más aceptados internacionalmente. Además, suele ser mucho más rápida la decisión. Cuando es realizada por un juez, bien puede ocurrir que tome tiempo y se pierda la curva de aprendizaje con la que ya cuentan las instituciones arbitrales.

Respecto de las tácticas, con frecuencia ocurre que una de las partes adopta tácticas dilatorias para entorpecer el proceso. De acontecer, dependiendo del tipo de tácticas, éstas pueden ser corregidas (a veces evitadas) por la institución arbitral. Y cuando no, el tribunal puede recibir retroalimentación de la institución sobre cómo manejarlas, misma que puede ser valiosa y que nos lleva al comentario genérico sobre la orientación implícita en la supervisión.

C. SUPERVISIÓN Y ORIENTACIÓN

Un valor importante que brindan las instituciones arbitrales es que apoyan a los árbitros. Y esto puede ser muy importante para el caso de árbitros nuevos. Sin institución arbitral, no habrá quien dialogue con el tribunal ante problemas o imprevistos.

El papel de la institución arbitral también incluye servir de catalizador de un buen laudo – sustantiva y temporalmente. En lo sustantivo, como en todas las áreas, puede ocurrir que el laudo contenga defectos, o sea de mala calidad.² La institución juega un (limitado pero importante) papel en ello: compartir su experiencia para nutrir el laudo.

En cuanto a tiempo, puede ocurrir —y ha ocurrido— que el tribunal arbitral se demora en emitir sus laudos. En dichos casos, la institución arbitral juega el papel de un loable incitador: urge a los árbitros a hacer su trabajo; algo difícil en arbitraje *ad hoc*.

Luego entonces, en términos generales, la utilización de arbitraje institucional es conducente a contar con mejores fallos y mejor manejo de problemas procesales. Esto último merece un comentario adicional en el contexto de los proyectos que ahora contempla la nueva Ley de Hidrocarburos. Dado el tamaño y la complejidad de los proyectos que se avecinan, es válido pronosticar que existirá una cascada de problemas serios, complejos y cuantiosos – del género que detona incentivos para chicanear e intentar lo que sea para obtener ventajas. Un arbitraje institucional estará mejor blindado para enfrentar dichos retos que uno *ad hoc*.

II. LA SEDE Y EL RÉGIMEN DE DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO

Se contempla La Haya como sede del arbitraje. La consecuencia jurídica de ello es que el derecho arbitral aplicable será el holandés, y los tribunales competentes para el apoyo al arbitraje serán los de Países Bajos. Ello tiene implicaciones pragmáticas. Cuando ante la necesidad de dar algún paso procesal respecto del tribunal, tendrá que tener lugar ante el poder judicial holandés. Por ejemplo, medidas precautorias en apoyo al arbitraje, la asistencia en pruebas. En forma importante, la solicitud de nulidad del laudo. Esto último —especulo— es lo que motivó fijar la sede a Países Bajos: seguramente se buscará propiciar respeto por los laudos arbitrales. Mi comentario sobre esto es doble.

Primero, implicará costos adicionales que pudieron haberse evitado. Al margen de que sea una jurisdicción ajena (no sensible a la praxis mexicana), cuestiones que pueden parecer inocuas al principio, pueden generar complicaciones prácticas. Por ejemplo, el idioma: tendrá que traducirse *todo* para actuar ante dicha judicatura. Ello demora y encarece.

Segundo, como regla, el poder judicial mexicano ha sido respetuoso de los laudos arbitrales.³ Debemos tener cuidado de no generalizar a partir de la

² Algunas instituciones contemplan escrutinio forzoso (ICC, CAM), optativo (CAIC), y una revisión “suave” (ICDR, TAS) que si se maneja bien puede ser útil para detectar aspectos delicados.

³ Siendo que se trata de la materia de energía, posiblemente la elección de la sede fuera de México tiene como antecedente el amparo en revisión 358/2010. De ser el caso, ello sería un caso de generalizar a

excepción. Quien conoce el derecho y la práctica arbitral mexicana desde la modificación de 1993 sabe que la respuesta del Poder Judicial mexicano al arbitraje es muy positiva.⁴ Quien dice lo contrario comete —respetuosamente— un yerro, probablemente derivado de una predisposición negativa.

Con respecto al régimen de designación del árbitro, la cláusula modelo exige que el nombramiento de los árbitros sea así:

...El tribunal arbitral se integrará por tres miembros, uno nombrado por la CNH, otro nombrado por el Contratista, y el tercero (quien será el Presidente) nombrado de conformidad con el Reglamento CNDUMI, en el entendido de que (i) la Parte demandante deberá nombrar a su árbitro en la notificación de arbitraje y la Parte demandada tendrá noventa (90) Días contados a partir de que reciba personalmente la notificación de arbitraje para nombrar a su árbitro, y (ii) los dos árbitros nombrados por las Partes tendrán no menos de sesenta (60) Días contados a partir de la aceptación del nombramiento del árbitro designado por el demandado para designar, en consultas con las Partes, el árbitro que actuará como Presidente del tribunal. ...

Aunque a primera vista inocua, en la práctica dicha frase puede invitar tácticas dilatorias y problemas.⁵ Lo que es más, veda opciones que podrían ser sanas — como la designación conjunta. Mucho mejor no decir nada (como ocurre en la cláusula modelo del Reglamento CNUDMI) o la frase que suelen contemplar los formatos de cláusulas arbitrales diseminados por las instituciones arbitrales: “el tribunal será constituido de conformidad con el reglamento [elegido].” Se trata de menos palabras que hacen mejor Derecho.

III. AUTORIDAD NOMINADORA

La elección del Presidente de la Corte Internacional de Justicia como la autoridad nominadora suscita dudas. Hay quien cuestionado que ello sea posible. Ello es un yerro. Dicho alto funcionario tiene facultades para hacerlo, y hay casos en los que ya ha ocurrido.⁶ Sin embargo, también tiene implicaciones.

El Presidente de la Corte Internacional de Justicia suele ser un jurista internacional destacado cuyo pulso se concentra en derecho internacional público.

partir de la excepción — pues la aplastante mayoría de los casos de nulidad han sido positivos y respetuosos de la finalidad de los laudos. Lo que es más, siendo que el motivo de nulidad fue la rescisión administrativa y la terminación anticipada, que sigue siendo no arbitrable (artículo 21 de la Ley de Hidrocarburos), el problema de dicho caso no se corrige por cambiar la sede. (El problema y cómo manejarlo es abordado en *Arbitraje*, Ed. Porrúa, 2014, México, 2014, p. 1193 *et seq.*)

⁴ En *Arbitraje*, 4ª ed. 2014, hago una revisión de toda la jurisprudencia existente, y concluyo que el resultado es altamente plausible (Id., p. 1338).

⁵ Un ejemplo es en casos de pluralidad de partes o contratos — algo previsible en los proyectos que serán documentados en los contratos modelo en comentario.

⁶ Desde los (importantes) casos de las expropiaciones Libias de los años setenta (BP, Texaco/Calasiatic, y LIAMCO), hasta casos de arbitraje de inversión recientes.

Las disputas que pueden derivar de esta materia no necesariamente versarán sobre dichas materia. No es que no pueda elegir a la autoridad nominadora correcta, sino que las partes podrían hacerlo directamente, sin que sea necesario pasar por dicho pasos procesal.

Además, el papel que desempeña la autoridad nominadora no sólo consiste en elegir al tribunal arbitral, sino resolver recusaciones. Si se considera (i) lo ocupado que está dicho funcionario en asuntos contenciosos internacionales; (ii) que llevar a cabo esta actividad no es su prioridad, ni su actividad cotidiana, si se compara con una institución arbitral; y (iii) en la práctica se da oportunidad a las partes a comentar sobre esto, lo cual, atado a la actitud estratégica que suelen adoptar las partes en pleito,⁷ hace previsible que esto bien pueda tomar meses.

¿Por qué no mejor elegir arbitraje institucional? O de no quererse arbitraje institucional, ¿por qué no escoger sólo como autoridad nominadora a una institución dedicada a este tema,⁸ con el pulso de la industria?

-oo0oo-

MORALEJA:

El rechazo del arbitraje institucional implícito y perceptible del texto de la cláusula modelo merece ser revisitado. Sea cual sea el motivo, el redactor debe recordar que toda opción supone una renuncia. Y toda renuncia tiene implicaciones. En este caso, lo que puede estarse sacrificando es la celeridad del arbitraje.

⁷ Surgida una disputa las partes y sus abogados están orientados exclusivamente a ganar. Cualquier diferencia, por más sutil que sea, es vista y argüida —con frecuencia con vehemencia— como una ventaja o desventaja.

⁸ La mayoría de las instituciones arbitrales aceptan actuar como institución nominadora, contando para ello con reglas internas públicamente disponibles. Ello permite seguir contando con arbitraje *ad hoc*, beneficiándose de la pericia de las instituciones arbitrales respecto del (importante) paso de constitución del tribunal arbitral (incluyendo recusación).