

DISTRIBUCIÓN DE COSTOS EN EL ARBITRAJE: EL MODELO PORCENTUAL

*Francisco González de Cossío**

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	EL RÉGIMEN.....	2
	A. Introducción	2
	B. Facultad Abierta	3
III.	EL MODELO PORCENTUAL	4
	A. <i>Ratio</i>	4
	B. Expresión conceptual	4
	C. Expresión matemática.....	5
IV.	VENTAJAS: GENERACIÓN DE INCENTIVOS PLAUSIBLES	7
	A. Incentivos.....	7
	1. Las Costas como Zanahoria	8
	2. Las Costas como Palo.....	8
	B. El Modelo Porcentual como un mecanismo de conjugación de incentivos.....	8
	C. El Modelo Porcentual Como Punto De Partida.....	9
V.	COMENTARIO FINAL.....	10

I. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia se observa que las decisiones sobre costas en laudos arbitrales son lacónicas. Ello es lamentable. El motivo es doble. Primero, disponen con poco razonamiento de un punto importante – ocasionalmente más que ciertos puntos de fondo (si se miden monetariamente). Segundo, desperdician la ocasión para hacer un ejercicio de incentivos que puede lograr propósito adicional distinto al evidente (indemnizar). El fin al que me refiero es *desincentivar* abuso

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

de derecho, chicanas y hostigamiento, e *incentivar* el cumplimiento de las obligaciones.

Llevo tiempo defendiendo la idea que las costas en arbitrajes son frecuentemente subutilizadas.¹ Su contenido y diseño permite fines distintos a los evidentes. No explotarlos redundaría en detrimento de la eficacia del arbitraje. En este ensayo propongo una fórmula que continúa con la idea buscando un doble propósito. Primero, dar un marco objetivo para distribuir las costas. Segundo, generar incentivos correctos. Al hacerlo hago uso de una herramienta poderosa: el Análisis Económico del Derecho.

II. EL RÉGIMEN

A. INTRODUCCIÓN

Si bien el Código de Comercio no enuncia el contenido de “costos del arbitraje”, con frecuencia es definido por los reglamentos arbitrales y, en cualquier caso, será determinado por el tribunal arbitral en el laudo. Por lo general abarca los siguientes conceptos:

- a) Honorarios del tribunal arbitral;
- b) Gastos del tribunal arbitral;
- c) Costos de asesoría pericial o cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
- d) Gastos incurridos por los testigos;
- e) Gastos de representación y asistencia legal;²

¹ En LAS COSTAS EN EL ARBITRAJE, ¿UNA ZANAHORIA O UN PALO? (www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje) examino porqué concibiendo las costas como lo que pueden ser: un incentivo o una sanción. Una zanahoria o un palo.

² Este tema es controvertido. Mientras que en algunos sistemas jurídicos cada parte tiene que pagar a su propio abogado y el perdedor es condenado a pagar los gastos legales del

- f) Gastos y honorarios de la autoridad designadora del tribunal arbitral o supervisadora del arbitraje,

B. FACULTAD ABIERTA

En general el derecho arbitral y reglamentos proveen la facultad al tribunal arbitral de determinar cómo distribuir estos costos.

El Código de Comercio establece, en resumidas cuentas, cuatro reglas básicas en materia de los costos del arbitraje:³ la libertad de las partes de regular este tema, la metodología para la determinación de los gastos del arbitraje, las reglas para distribución de los costos entre las partes y la facultad del tribunal para solicitar de las partes la realización de un depósito anticipado para cubrir gastos del procedimiento arbitral.

Los reglamentos arbitrales establecen tienden a establecer una facultad amplia al respecto,⁴ sin lineamiento alguno.⁵

Como puede verse, el efecto compuesto de ambos es investir al tribunal con una facultad amplia para distribuir los costos generados por un procedimiento arbitral.

ganador únicamente cuando se trata de casos en los que la demanda es frívola o cuando existen tácticas dilatorias por parte de la parte que perdió, otros consideran que los honorarios legales forman parte de los costos del arbitraje y deben ser distribuidos.

³ Artículos 1452 a 1455 del Código de Comercio.

⁴ Artículo 31(3) del Reglamento CCI; artículo 40(3) del Reglamento del Centro de Arbitraje de México; artículo 45 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

⁵ Una excepción es el Reglamento de Arbitraje del Tribunal Arbitral del Deporte (*Tribunal Arbitral du Sport*) que establece como principio que la parte que gane debe recibir una ‘contribución’ para gastos (artículo R64.5 del Código de Arbitraje Deportivo *Code de l’Arbitrage en matière de sport*).

III. EL MODELO PORCENTUAL

A. *RATIO*

La manga ancha que ofrece el derecho arbitral (*lex arbitri* y reglamentos) es conveniente. Permite al tribunal aplicar la facultad de una manera inteligente, tomando en cuenta las circunstancias del caso y la situación subjetiva de las partes.

Dicha facultad abierta es, además, tierra fértil para sembrar semillas de buen Derecho. Permite que los árbitros seamos creativos.

La contundente mayoría de casos utiliza la facultad de una manera escueta. Si bien merecen aplauso por ser concisos, opino que existe una oportunidad perdida: resolver de una manera que se generen incentivos correctos. Propiciar una práctica que logre combatir un problema transversal a todos los sistemas de solución de disputas del mundo: su utilización estratégica inclusive oportunista.

Para lo anterior, opino que el ejercicio de la facultad debe buscar un doble objetivo. Primero, dotar de objetividad a lo que de otra manera sería un ejercicio subjetivo. Segundo, generar incentivos positivos.

B. EXPRESIÓN CONCEPTUAL

Cada reclamación resulta en un costo del procedimiento arbitral.⁶ Propongo que el monto a pagar de la pretensión se distribuya de la siguiente manera: cada parte debe ser indemnizado por la porción de su pretensión que prospere, y debe soportar el costo de la porción que no tuvo éxito.

⁶ Existen diversas maneras de determinar los costos de un arbitraje. Uno común es *ad valorem*. Cualquiera que sea el método, el resultado es un *quantum* que obedece al monto en disputa.

C. EXPRESIÓN MATEMÁTICA

La siguiente fórmula expresa matemáticamente la propuesta:

$$C = G/R$$

Donde:

C = Costo

G = Ganado

R = Reclamado

Ilustraré el modelo. Piénsese en un caso en el que existe una demanda (x) de \$1,000 enderezada por A en contra de B , donde B reconviene (y) \$800 contra A ; y donde A gana \$400 y B gana \$400. El costo del procedimiento es determinado en \$15.

Los hechos están dados. La pregunta que surge es ¿cómo dividir los costos?

Siguiendo el Modelo Porcentual, habría que determinar primero el costo porcentual de cada pretensión y luego dividirlo entre las partes atendiendo al éxito de cada una. Si se prospera en una pretensión, quiere decir que su accionante tenía razón, y la contraparte generó el costo de utilizar la maquinaria jurídica para hacerlo cumplir. Y con respecto a lo que se perdió, el accionante hizo un uso incorrecto de la maquinaria legal para hacerlo cumplir. Debe, por ende, sufragar su costo.

En el ejemplo, la pretensión de A equivale a 55.56% del costo total del arbitraje. La pretensión de B 45.44%. Tomando como base el costo total del arbitraje (\$15), el costo de cada pretensión es \$8.33 por x y \$6.67 por y .

Conocido el costo porcentual de cada pretensión, procederé a usar la fórmula para dividirlo entre las partes. Comencemos con la demanda x .

$$Cx = G/R$$

Donde:

C = Costo a pagar

G = Ganado = \$400

R = Reclamado = \$1,000

En este ejemplo, $C = 40\%$.⁷ Es decir, el costo que de la pretensión x debe ser sufragado por B es 40%. El 40% de \$8.33 es \$3.33. Esto es lo que tiene que pagar B . El resto (\$5.00) debe de pagarlo A . Es el costo que generó por una reclamación que no tuvo éxito.

Determinemos ahora el costo de la reconvención y . Aplicando la fórmula:

$$Cy = G/R$$

Donde:

C = Costo

G = Ganado = \$400

R = Reclamado = \$800

En este ejemplo, $C = 50\%$.⁸ Es decir, el costo que de la pretensión y debe ser sufragado por A es 50%. El 50% de \$6.67 es \$3.34. Esto es lo que tiene que pagar A . El resto (\$3.34) debe de pagarlo B . Es el costo que generó por una reclamación que no tuvo éxito.

⁷ Resultado porcentual de dividir \$400 entre \$1,000.

⁸ Resultado porcentual de dividir \$400 entre \$800.

Si se suman, mientras que *A* tiene que pagar \$8.34 (\$3.34 de la porción de *B* que *B* ganó y \$5 de la porción de *A* que *A* perdió), *B* tiene que pagar \$6.67 (\$3.33 de la porción de *A* que *A* ganó y \$3.34 de la porción de *B* que *B* perdió).
Total: \$15.00

IV. VENTAJAS: GENERACIÓN DE INCENTIVOS PLAUSIBLES

A. INCENTIVOS

Un incentivo es un medio para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo. Es un mecanismo asombroso para cambiar una situación.⁹ Su importancia y utilidad es con frecuencia pasada por alto por juristas.¹⁰ No debería. Cuando los incentivos son bien diseñados pueden ser muy efectivos. Lo que es más, en ciertos casos pueden ser *el* motivo por el que un fin se logre.¹¹ Mal manejados pueden generar el resultado inverso.¹²

El diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos: premiar o sancionar. Las costas en arbitraje generan incentivos. Ello está fuera de duda. Lo que está en tela de juicio es si dicha herramienta es correctamente utilizada. De poco sirve su existencia si no son utilizados, o si se utilizan con poca habilidad. De allí que haya defendido que

⁹ Existen diferentes tipos de incentivos: económicos, sociales y morales. Los económicos generan consecuencias financieras; los sociales implican el deseo de no ser percibido como alguien que hace algo reprochable; y los morales consisten en no hacer cosas malas.

¹⁰ Un estudio reciente aborda el fenómeno y aboga por una concepción, confección y utilización del Derecho de tal forma que se tomen en cuenta los incentivos: EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO, Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

¹¹ Para cierto tipo de conducta, los incentivos sociales son muy eficaces. Piénsese por ejemplo en el caso de conducta delictiva. Es sabido que el derecho penal tiene un alto grado de falibilidad. Ante ello, ¿porqué no existe más crimen? Una respuesta reside en el deseo de la gente de no ser percibido como un delincuente. De ser cierta la explicación, querría decir que aun ante una parca ejecución del Derecho Penal se logra disuadir conducta antisocial. Ello pone en manifiesto lo poderosos que pueden ser los incentivos.

¹² Por ejemplo, una multa pequeña puede invitar, más que desalentar, la conducta en cuestión.

las costas deben utilizarse tanto como una zanahoria como un palo.¹³ Así lo permite su régimen legal.

1. Las Costas como Zanahoria

Como zanahoria, dado que la distribución de las costas obedecerá a, *inter alia*, el comportamiento de las partes en el arbitraje, ello incentiva conducta procesal correcta (litigio de buena fe) y desincentiva conducta desdeñable: chicanas, tácticas dilatorias, solicitudes procesales innecesarias, promociones obesas, etcétera.¹⁴

2. Las Costas como Palo

Como palo, la distribución de costas sirve de sanción: la parte en el arbitraje que lo encarezca será condenado a pagar una porción mayor del mismo. La justicia de ello es evidente. Pero además es eficiente: si una parte encarece el procedimiento o adopta tácticas hostigantes, será condenado a soportar los gastos que ello genera.

B. EL MODELO PORCENTUAL COMO UN EJERCICIO DE INCENTIVOS

Recientemente he propuesto la utilización del Modelo Porcentual en dos arbitrajes en los que he actuado como Presidente del Tribunal.¹⁵ He tenido la suerte de contar con coárbitros letrados e inteligentes que, al honestamente cumplir con su obligación de esmerarse por emitir una decisión correcta e

¹³ Para analizar porqué, *cfr* LAS COSTAS EN EL ARBITRAJE. ¿UNA ZANAHORIA O UN PALO? citado en el pie de página 1.

¹⁴ Claro, esto supone sofisticación del practicante. La suposición puede ser insostenible a corto plazo pero es aceptable a largo plazo. Además, aunque no lo fuera, el diseño del derecho tiene que asumirla, so pena de quedarse marginado por la realidad o permanecer como un instrumento burdo. Legislar para el neófito resulta en mal derecho.

¹⁵ Por razones de confidencialidad, no los identifiqué. Sin embargo, uno era un arbitraje deportivo y el otro un arbitraje energético complejo.

inteligente, mucho me han ayudado a pulir el modelo al cuestionarlo. Les extiendo mi agradecimiento.

Algunas preocupaciones que el Modelo Porcentual puede generar es que puede desincentivar el ejercicio de un derecho válido.

Invito a que se considere que (suponiendo sofisticación) la aplicación del Método Porcentual tiene por efecto dar un aura de legitimidad a las reclamaciones. Si una parte, conociendo que, de no prosperar, será condenado, aún así endereza una acción, es porque cree en ella. Posiblemente verlo desde la perspectiva contraria sea más ilustrante. Si una parte nunca es hecha responsable por los costos que genera al enderezar una reclamación, se genera una psicología de lotería. Razonará: ‘aunque no tenga mérito, demando. Posiblemente tenga la suerte y me la ‘compren’, y algo habré ganado. Al fin, el ‘no’ ya lo tengo. Vamos por el sí.’ Visto así, el demandante frívolo tiene todo que ganar y nada que perder, pues nunca tendrá que soportar el costo legal que genera al (mal) utilizar la maquinaria jurídica.

Si el método tiene éxito generará una espiral constructiva. Entre más se siga, menos reclamaciones frívolas habrá y los (escasos) recursos existentes podrán enfocarse en las reclamaciones legítimas. Y entre más recursos disponibles, mejor calidad de justicia.

Un resultado *bello*, además de *eficiente*.

C. EL MODELO PORCENTUAL COMO PUNTO DE PARTIDA

No obstante sus beneficios, concibo al Método como un punto de partida. El *inicio* más que el *fin* del análisis. Arribado a dicho resultado, sugiero que luego se pongan sobre la balanza criterios relacionados con el caso particular. Por ejemplo, si una parte que prosperó incurrió en chicanas, sugeriría que se le repercuta una porción mayor del costo. Otro ejemplo es un caso donde existen

hechos (válidamente) discutibles de ambos lados. En dicho caso, sugeriría más distribución del costo. Y aún otro sería, en éste último caso, que una de las partes haya aprovechado la ambigüedad para incurrir en conducta estratégica que le permita apropiarse los beneficios de la misma.¹⁶ Tomar el resultado en cuenta puede militar a favor de cargarle menos costo a la parte que pierde.

Lo anterior logra un propósito importante: que el tribunal arbitral distribuya los costos entre las partes en base a su conducta procesal. Y esto, cuyo mérito parece tan obvio, con frecuencia no se da. Es mi deseo hacer un llamado enérgico a ello. No hacerlo genera incentivos perversos: no solo no atribuye las consecuencias a quien las genera, sino que condena la herramienta a su subutilización, genera incentivos negativos,¹⁷ y provoca frustración en la parte que sí razona y se comporta de esta manera.¹⁸

V. COMENTARIO FINAL

Es cierto, la función evidente del derecho de las costas es *indemnizar*. Pero existe una ventana de oportunidad para imbuir de un segundo objetivo: *incentivar*.

Existe una manera apropiada y una inapropiada de remunerar.¹⁹ De la misma manera en que un padre sabe que darle *todo* a un hijo puede (irónicamente) ser dañino, el (ciegamente) indemnizar lastima y dejar pasar una oportunidad para incentivar conducta positiva y desincentivar conducta negativa.

¹⁶ Una condena total en dicho caso podría añadir insulto a la ofensa.

¹⁷ ¿Porqué litigar de buena fe si no recibo los beneficios de ello? O lo que es peor, dado que mi adversario litiga de mala fe, y dado que no se repercutirán los costos en consecuencia, ¿porqué no jugar dicho juego? Como puede verse, no distribuir los costos en atención a la conducta procesal que los genera, incentiva conducta procesal desdeñable.

¹⁸ En más ocasiones de las que me gusta admitir he recibido laudos en los que la distribución de costas no sigue esta lógica. Ello es desafortunado. No hay nada más injusto que, después de litigar de buena fe y no entrar al juego de chicanas y actos diversos que encarecen el arbitraje, se condene a ambas partes a sufragar los costos en porciones iguales.

¹⁹ Lo cual constituye el *leitmotiv* de la disciplina de ‘recursos humanos’ de las ciencias económico-administrativas.

Además de su función evidente (indemnizar), las costas en arbitraje cumplen una función importante: incentivar arbitrar de buena fe. Así deben ser concebidas y utilizadas por el órgano que las maneja (el tribunal arbitral). No hacerlo propicia la subutilización de la herramienta, genera incentivos perversos y pierde la oportunidad de procurar uno de los fines últimos del arbitraje: ser un mecanismo *eficiente* de solución de controversias.