

# EL ÁRBITRO

## HOMENAJE AL DR. RODOLFO CRUZ MIRAMONTES

Francisco González de Cossío\*

<b>1.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>2.</b>	<b>NATURALEZA</b> .....	<b>1</b>
2.1.	Introducción .....	1
2.2.	Nociones vecinas .....	2
2.2.1.	Mediador y Conciliador.....	2
2.2.2.	Experto.....	3
2.2.3.	Mandatario .....	3
2.2.4.	Transacción.....	3
2.3.	Naturaleza.....	4
<b>3.</b>	<b>OBLIGACIONES Y PODERES</b> .....	<b>5</b>
3.1.	Introducción .....	5
3.2.	Conducción del Procedimiento .....	5
3.2.1.	Debido proceso .....	6
3.2.2.	Igualdad .....	8
3.2.3.	Tensión entre Autonomía de la voluntad y facultad de dirigir el procedimiento.....	9
3.3.	Motivar el laudo.....	11
3.4.	Emitir un laudo ejecutable.....	12
3.5.	Facultad <i>ex aequo et bono</i> .....	13
3.6.	Condena de Costas .....	15
3.6.1.	Concepto de Costas.....	15
3.6.2.	Regulación .....	16
3.6.3.	Comentario Final.....	19
<b>4.</b>	<b>TEMAS ABIERTOS Y PROBLEMAS EN LA PRÁCTICA</b> .....	<b>19</b>
4.1.	El Árbitro Pícaro .....	19
4.2.	Demandas contra árbitros.....	20
4.2.1.	Interés jurídico de los árbitros .....	20
4.2.2.	La responsabilidad del árbitro .....	23
4.2.3.	La práctica de demandar a árbitros.....	26
4.2.4.	La respuesta judicial.....	27
4.3.	Prejuzar.....	28
4.3.1.	Conocimiento personal de circunstancias .....	29
4.3.2.	Posturas previas.....	30
4.3.3.	Arbitrajes Conexos .....	31
4.4.	Votos disidentes.....	32

---

\* González de Cossío Abogados, S.C. Árbitro en casos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico (incluyendo Mercantil y Competencia Económica), Universidad Iberoamericana. Cualquier observación es bienvenida a: fgcoosio@gdca.com.mx

4.5.	La deliberación.....	34
4.6.	La 'Mafia' de árbitros.....	35
<b>5.</b>	<b>COMENTARIOS FINALES.....</b>	<b>35</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

Es un axioma frecuentemente citado que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen.<sup>1</sup> “Tanto vale el arbitraje como el árbitro” advertía Frédérick Eisemann, quien fuera Secretario General de la Cámara de Comercio Internacional. Como lo expone atractivamente J.H. Carter:<sup>2</sup>

Los tres temas más importantes en el arbitraje internacional son los árbitros, los árbitros los árbitros.

[The top three subjects in international arbitration are the arbitrators, the arbitrators, the arbitrators.]

Thomas Clay, en su tesis doctoral sobre este tema, dice:<sup>3</sup>

Probablemente nada es más importante que la elección del árbitro ... ni más difícil para las partes, sus asesores y las instituciones arbitrales.

Si bien la importancia es clara, su régimen, derechos, obligaciones, y alcance de cada uno contiene ambigüedades y diferencias de opinión. Su análisis es el objeto de este estudio. Para ello se comenzará con su naturaleza, para continuar con sus obligaciones y poderes, para luego abordar algunos temas difíciles, concluyendo con observaciones finales.

## 2. NATURALEZA

### 2.1. INTRODUCCIÓN

La naturaleza del árbitro, como del arbitraje, ha sido objeto de debate. Las figuras a las que se asemeja son varias, y los argumentos dados en apoyo de cada una son diversos. A continuación las mencionaré brevemente.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Pieter Sanders, *QUO VADIS ARBITRATION? Sixty Years of Arbitration Practice*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, pg. 224.

<sup>2</sup> *THE SELECTION OF ARBITRATORS*, *The American Review of International Arbitration*, vol. 5 No. 1-4, 1994, pg. 84.

<sup>3</sup> Thomas Clay, *L'ARBITRE*, Dalloz, París, 2001, pg. 374. Sus palabras son “Rien n'est probablement plus important que le choix de l'arbitre (...), ni de plus difficile pour les parties, leurs conseils et pour les institutions d'arbitrage.”

<sup>4</sup> En este apartado centraré el análisis en la naturaleza del árbitro, dejando para otro momento la naturaleza del arbitraje. En caso de desear abundar sobre esta última, puede consultarse la obra *EL ARBITRAJE Y LA JUDICATURA* (Ed. Porrúa, 2007) en donde se hace una análisis exhaustivo de ello, o la monografía *LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE: UN EJERCICIO DE BALANCEO QUÍMICO*, homenaje a Raúl Medina Mora, 2004.

## 2.2. NOCIONES VECINAS

Las nociones a las que se ha asemejado la figura del árbitro son (1) mediador y conciliador, (2) experto, (3) mandatario y (4) la transacción. A continuación se analizarán para luego proponer una definición de 'arbitraje' y concepto de 'árbitro'.

*Definir* significa 'delimitar'. La definición es la operación que consiste en analizar la comprensión de una idea. Disociar los elementos simples e irreductibles de los que se compone. Definir es difícil. Para ello, el método seguido será lógico: especificando el género próximo para luego separarlo de su diferencia específica.<sup>5</sup> Se mencionarán los elementos esenciales de la figura contrastándolos con las figuras análogas a efecto de deslindar el concepto de 'árbitro'.

### 2.2.1. Mediador y Conciliador

Existe un álgido (y cansado, en mi opinión<sup>6</sup>) debate sobre el concepto y diferencia entre la mediación y conciliación. No será repetido en este contexto.<sup>7</sup> Para efectos de este análisis ambos serán concebidos como mecanismos de solución de controversias en los que participa un tercero-neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión sea ejecutable.

Hay quien confunde al árbitro con el mediador o conciliador. Ello deriva de que las tres figuras comparten algo (su género próximo): en todas participa un tercero extraño que (con niveles distintos de intervención) colabora para resolver la controversia de las partes. La diferencia específica reside en las facultades del tercero. Mientras que el mediador interviene para ayudar a las partes a que ellas mismas resuelvan su controversia y el conciliador sugiere una solución; el árbitro emite un fallo (el laudo) que tiene fuerza de cosa juzgada y que vincula (obliga) a las partes.

Una segunda diferencia es la participación de las partes en la solución de la controversia. Mientras que en la mediación y conciliación se trata de procedimientos de 'caucus', en un arbitraje es un procedimiento adversarial.

---

<sup>5</sup> Siguiendo este método se obtendrá una definición 'teórica', que consiste en aquella que intenta formular una descripción teórica o científicamente adecuada de los objetos a los que se refiere el término. (Irving M. Copi y Carl Cohen, *LÓGICA*, Limusa, Noriega Editores, México, 1995, pg. 179.)

<sup>6</sup> Pues la discusión es, en buena medida, semántica. No veo que tenga mucho contenido. Es por ello que el estudio citado en la siguiente nota y en la obra *Arbitraje* adoptó una postura que busca prescindir de debates formales, de nomenclatura, para entrar el fondo del asunto. Al respecto propongo que existen dos instituciones parecidas mas distintas, y su diferencia da un valor agregado para resolver diferentes tipos de controversias. Es por ello que en el estudio citado hago un llamado a que se entienda la (distinta) herramienta que cada una proporciona, y a que no nos perdamos en debates sobre títulos.

<sup>7</sup> Para desear abundar sobre ello, consúltese *MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE EL DESARROLLO DEL ÁREA*, Revista de Investigaciones Jurídicas, No. 28, 2004, pg. 213.

### 2.2.2. Experto

Mediante un procedimiento de expertos (o el galicismo bajo el cual es más conocido: 'expertise') se busca obtener una opinión sobre una cuestión técnica, que no necesariamente es jurídica.

El arbitraje y el expertise comparten algo: un tercero (o varios) participa dando su opinión para resolver una controversia. Sin embargo, difieren tanto subjetiva como objetivamente. Mientras que en el arbitraje el árbitro resuelve una disputa, el experto no hace más que dar una opinión sobre una cuestión técnica, de hecho. Es decir, la persona es diversa. Mientras que una es un experto en un área del conocimiento humano, la otra va a resolver una disputa. Esta es la diferencia subjetiva: el papel que conllevan es diverso.

En esencia, las diferencias son:<sup>8</sup>

- a) *Sujeto*: El árbitro es un juzgador, el experto simplemente un tercero conocedor de una disciplina particular.
- b) *Facultades/Objeto*: El árbitro emite un laudo que vincula a las partes, el experto emite una opinión que en principio no vincula a las partes.
- c) *Resultado/Producto*: El árbitro resuelve un litigio que involucra una pretensión jurídica, el experto emite una opinión sobre un hecho.

### 2.2.3. Mandatario

Hay quien postula que el árbitro es un mandatario de las partes. Se le encomienda la realización de un acto jurídico (resolver una controversia) cuyo efecto impactará un patrimonio distinto al suyo: el de sus mandantes.

Considero que la caracterización peca de algo importante (que es su diferencia específica): en el mandato, los mandantes no sólo pueden encomendar qué hacer al mandatario, sino cómo hacerlo. Tomando esto en cuenta considero que se está forzando la noción. Las partes no pueden decirle al árbitro cómo resolver, por lo que la caracterización parece inadecuada.

### 2.2.4. Transacción

Algunos asimilan al arbitraje a una transacción. El motivo principal reside en que comparten algo en común: mediante ambos se arriba a un documento que tiene fuerza de cosa juzgada.

---

<sup>8</sup> Charles Jarrosson, *LA NOTION D'ARBITRAGE*, Bibliothèque de Droit Privé, Librairie Generale de *Droit et de Jurisprudence*, Paris, 1987, pg. 123.

Considero que existen tres motivos por los que la institución dista de poder abarcar al arbitraje. El primero es palpable: en la transacción no hay tercero. El segundo es un poco más sutil: mediante la transacción las partes, haciéndose recíprocas concesiones, resuelven una controversia. En el arbitraje esto no sucede. El árbitro determinará a quien asiste el derecho, sin que por dicho motivo haya ocurrido una concesión frente a la otra parte.<sup>9</sup>

Tercero, el arbitraje resulta en un *acto jurisdiccional*. La transacción es un contrato. En la transacción no hay una renuncia de ejercer ante tribunales un derecho de acción. En arbitraje sí.

### 2.3. NATURALEZA

Mencionadas las diferencias del arbitraje con nociones vecinas, enfoquémonos sobre su contenido. Al efecto deseo adoptar la definición que, en una brillante tesis doctoral, un experto francés (Charles Jarrosson) propone:<sup>10</sup> el 'arbitraje' es una institución<sup>11</sup> por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos.<sup>12</sup>

Dicho tercero es un árbitro. Y sobre la figura del árbitro, otra (también brillante) tesis doctoral francesa, pero ahora sobre la figura del árbitro, propone el siguiente concepto: el 'árbitro' es un juez privado designado por aquellos quienes desean que resuelva su controversia.<sup>13</sup> Otros expertos comparten la postura. Por ejemplo, Rubellin-Devichi dice que el árbitro es un juez privado investido de una misión jurisdiccional de origen contractual.<sup>14</sup> Por su cuenta, Motulsky dice que la misión del árbitro es la misma que la del juez.<sup>15</sup>

El que sea un 'juez privado' implica que la misión del árbitro y el juez son las mismas. La única diferencia es la fuente. Comparte las facultades de un juez, pero su régimen es de un prestador de servicios profesionales.

---

<sup>9</sup> Lo cual es un elemento esencial de la *transacción*. Existe jurisprudencia al respecto.

<sup>10</sup> Jarrosson, id. pg. 372.

<sup>11</sup> Jarrosson aclara que es una *Institución* y no técnica, pues el arbitraje es más que una técnica, tiene un régimen, es una entidad nominada, es una 'institución' en el sentido exacto del término.

<sup>12</sup> En sus palabras: "l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci".

<sup>13</sup> Thomas Clay, L'ARBITRE, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, pg. 18.

<sup>14</sup> J. Rubellin-Devichi, L'ARBITRAGE, NATURE JURIDIQUE, LGDJ, 1965, Jurisclasseur de procédure civile, fascicule 1005. ("l'arbitre, juge privé, est investi d'une mission juridictionnelle d'origine contractuelle" son sus palabras exactas.)

<sup>15</sup> Henry Motulsky, Ecrits, T. II, ETUDES ET NOTES SUR L'ARBITRAGE, pg. 6. ("la mission de l'arbitre est exactement la même que celle du juge".)

El árbitro tiene todos los poderes de un juez (*notio* y *jurisdictio*), salvo el *imperium*.<sup>16</sup> Juzga, lo cual es encontrar el argumento aceptable a todos.

La *jurisdictio* implica tanto un efecto positivo como negativo. El positivo es que su resolución tiene fuerza de cosa juzgada. El negativo es que extingue un derecho de acción.

Desglosemos los elementos:

- a) *Qué*: resuelve una controversia.
- b) *Cómo*: mediante un acto jurisdiccional proferido (el laudo) emite después de seguir un procedimiento adversarial.
- c) *Para qué*: fuerza de cosa juzgada.

Habiendo discernido de qué estamos hablando, pasemos a su régimen.

### 3. OBLIGACIONES Y PODERES

#### 3.1. INTRODUCCIÓN

Para lograr su misión jurisdiccional el árbitro tiene facultades diversas. A continuación se analizarán las más importantes y problemáticas en la práctica.

#### 3.2. CONDUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El árbitro lleva las riendas de la carroza arbitral.<sup>17</sup> Diferentes árbitros tienen diferentes estilos. Pueden categorizarse genéricamente en *laissez-faire* o *dirigistes*. Mientras que algunos dejan que el arbitraje fluya como las partes lo vayan llevando y sólo meten las manos cuando así lo requieren las circunstancias (con miras a que no se trabase o estanque el procedimiento), otros regulan todo al pie de la letra. Y dentro de dichos polos del horizonte existen matices.

Los diferentes estilos tienen ventajas diversas, y puede ser que un árbitro que es *laissez-faire* en un arbitraje sea dictatorial en otro, dadas las circunstancias particulares del caso. Y el derecho arbitral está diseñado para tolerar ambos estilos. Ello se corrobora si se observa la redacción del artículo 1435 del Código de Comercio: es una norma que no regula método, sólo resultado.

La constitucionalidad de dicho precepto fue cuestionada argumentando que era violatorio del artículo 14 Constitucional puesto que: (a) no preveía las formalidades esenciales del procedimiento (incluyendo las reglas sobre ofrecimiento y desahogo de

---

<sup>16</sup> Jarrosson pg. 281.

<sup>17</sup> Segundo párrafo del Artículo 1435 del Código de Comercio.

pruebas); y (b) el verbo ‘dirigir’ en dicho precepto otorga facultades absolutas y omnímodas a los árbitros. La Suprema Corte de Justicia de la Nación rechazó la pretensión, sosteniendo que:

“... el Título cuarto, del Código de Comercio, intitulado del “arbitraje comercial” especialmente los capítulos V y VI, cumplen con la observancia obligatoria de las formalidades esenciales del procedimiento, en especial con aquella relativa a la adecuada defensa, puesto que el demandado en el procedimiento arbitral, que es el caso, cuenta con la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que finque su pretensión y de alegar, por lo que no queda en indefensión. Del contexto de diversos preceptos el Título Cuarto, se infiere, con meridiana claridad, en lo relativo a la oportunidad de defensa, que las partes dentro del procedimiento arbitral si cuentan con la oportunidad de ofrecer las pruebas en que funden su defensa con los plazos para su ofrecimiento y forma de desahogo, como para alegar, ya que la facultad que se confiere al Tribunal de arbitraje por el numeral 1435 del Código de Comercio, en relación con el procedimiento, se encuentra acotada por las disposiciones del referido Título ... ya que lo relevante es que dicho Título sí establece las formalidades esenciales del procedimiento, de conformidad con la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ... Por consiguiente, las facultades del tribunal de arbitraje, en particular las de establecer las reglas del procedimiento arbitral inherentes al ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, como de alegatos, por el contenido propio del artículo 1435 del Código de Comercio y del Título Cuarto del Libro Quinto de igual codificación, no son absolutas ni omnímodas, sino que por el contrario, se encuentran limitadas a no contravenir el contenido del referido Título, el cual, como ya se vio salvaguarda las formalidades esenciales del procedimiento que tutela el artículo 14 Constitucional.”<sup>18</sup>

La decisión es tan tajante como plausible. No sólo eso. Cuando fue emitida le ganó (o refrendo, depende de la postura que se adopte) a México una reputación de un buen lugar para arbitrar en América Latina.<sup>19</sup>

El ejercicio de esta facultad tiene que seguir ciertos cánones: (1) seguir un proceso debido, y (2) dar a las partes trato igualitario. A continuación se tratará cada uno, para luego abordar un tema complicado: cómo se entrelaza con la facultad de las partes de llegar a acuerdos procesales (3).

### **3.2.1. Debido proceso**

El árbitro debe dar a las partes oportunidad de hacer valer sus derechos. El fundamento y razón de ser de dicho principio es incuestionable. Sin embargo, su

---

<sup>18</sup> Amparo en Revisión 759/2003.

<sup>19</sup> La decisión tuvo eco en muchas partes del mundo. Esto es de tenerse en cuenta pues el impacto y rectitud de las decisiones judiciales mexicanas es analizado por expertos y practicantes de arbitraje en diversas partes del mundo.



contenido y alcance varía, está sujeto a diferencias de opinión y su regulación por los reglamentos de arbitraje contempla matices dignos de comentar.

Algunos reglamentos hablan de dar oportunidad ‘suficiente’<sup>20</sup> para hacer valer sus derechos mientras que otros dicen que esta oportunidad debe ser ‘razonable’.<sup>21</sup> La postura que adopta el artículo 1434 del Código de Comercio mexicano es aparentemente más severa al establecer que el tribunal arbitral debe dar a las partes “**plena** oportunidad de hacer valer sus derechos”.

El adjetivo ‘plena’ en dicho contexto ha invitado discusión sobre el alcance del principio. Por un lado, hay quienes sostienen que toda medida que adopte el tribunal que, por cualquier circunstancia, merme—aunque sea un poco—el derecho de una de las partes a tomar algún paso procesal, es contrario a dicho principio. Por otro lado, se encuentran quienes consideran que el que las medidas adoptadas por el tribunal para que las partes presenten su postura ante el mismo sean congruentes con el principio en cuestión es dependiente de las circunstancias, demás aspectos del procedimiento y de que, al optar por el arbitraje, las partes necesariamente quisieron evitar formalismos o retrasos innecesarios. Por consiguiente, que la forma de conducir un procedimiento le haya brindado *plena* oportunidad a las partes de hacer valer sus derechos ante el tribunal depende del caso y lo decide el tribunal arbitral—quien es el mejor situado para tomar las determinaciones correspondientes.

Si bien el tema es debatible y dependiente de las circunstancias del caso, existen dos sugerencias generales que pueden hacerse. La primera a los árbitros: en caso de duda, vale la pena ser conservador sobre las medidas/decisiones que pueda parecer que le restan a una parte su derecho a presentar plenamente su caso. A su vez, deben documentarse con detalle en el laudo los motivos por los que el tribunal optó por cierta medida que pudiera, a primera impresión de quien no presencié los hechos, parecer que incumple el principio. La segunda a los jueces que conozcan de la posible nulidad o no-reconocimiento/ejecución del laudo: cuando una medida adoptada por un tribunal arbitral parezca no haberle permitido a una parte ejercer sus derechos, ésta debe aquilatarse contra el hecho que el tribunal es quien tiene mayor conocimiento sobre el caso, por lo que es recomendable que sólo en casos extremos o claramente injustos se le reste fuerza a un laudo con fundamento en esta circunstancia.

El alcance de lo que debe entenderse por un ‘debido proceso’ varía. Sin embargo, muchos están de acuerdo en que incluye lo siguiente:

- a) En la medida en que no se haya cerrado la etapa de instrucción o sea contrario a la organización que el tribunal haya establecido, el tribunal siempre tendrá que recibir de todas las partes los escritos donde hacen valer sus pretensiones.

---

<sup>20</sup> Segundo párrafo del artículo 15(2) del Reglamento CCI que dice “En todos los casos el Tribunal Arbitral deberá ...asegurarse que cada parte tenga la oportunidad **suficiente** para exponer su caso”.

<sup>21</sup> Segundo párrafo del artículo 21 de las Reglas CAM que dice “...el Tribunal Arbitral deberá actuar ...otorgando a las partes una oportunidad **razonable** de presentar sus argumentos.”

- b) El tribunal debe permitir a todas las partes presentar pruebas y demás medios de defensa dándoles la oportunidad de desahogar las mismas antes de emitir el laudo.
- c) Es indispensable que el tribunal escuche los alegatos de las partes permitiéndoles exponer sus respectivas pretensiones y defensas.
- d) El tribunal debe cerciorarse que ambas partes tengan acceso a toda la información presentada por ambas partes al tribunal.
- e) No debe limitarse el derecho para probar ni para alegar, excepto cuando se trate de peticiones inconducentes o que únicamente tiendan a retrasar el procedimiento.

En forma relacionada con lo anterior debe hacerse hincapié en que el vínculo con la sede no significa que las garantías de procedimiento en materia judicial interna son aplicables a los árbitros.<sup>22</sup> Los derechos fundamentales son inaplicables en el arbitraje.<sup>23</sup>

### 3.2.2. Igualdad

El árbitro debe tratar a las partes en forma igualitaria.<sup>24</sup> Este principio implica que durante todo el procedimiento arbitral, y no importando el paso o etapa de que se trate, las partes deben enfrentarse el uno ante el otro en un plano que no presente situaciones que beneficien a una de las partes u obstaculicen a la otra. El tribunal no puede dar ventajas a una parte sobre la otra. Ello supondría inequidad procesal.

La aplicación de este principio tiene efectos prácticos importantes; implica que no puede permitirse a una parte ofrecer una prueba que no se le permita a la otra, no debe darse un plazo más amplio para una de ellas si no se da también a la otra, no puede permitirse que una alegue y la otra no, y, en suma, no puede darse trato alguno diferente a las partes.

---

<sup>22</sup> Lo que es más, expertos sugieren que el término que se utilice en arbitraje sea 'debido proceso' y no 'garantía de audiencia', no por una sobresensibilidad semántica, sino porque hacerlo invita a que se filtren indebidamente nociones de derecho público en el arbitraje, que en esencia es derecho privado, lo que entorpece su eficacia. (Ver Sofía Gomez Ruano y Cecilia Azar, *¿DEBE RESPETARSE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA EN UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL? ¿'GARANTÍA DE AUDIENCIA' ES UNA EXPRESIÓN QUE DEBE UTILIZARSE EN ARBITRAJES?*, en *EN BUSCA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL (A LA LUZ DE LAS RESOLUCIONES DEL PODER JUDICIAL)*, Ed. Themis, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. Colección Foro, No. 11, pg. 375).

<sup>23</sup> Un estudio reciente aborda esta problemática. (*EL ÁRBITRO, ¿AUTORIDAD RESPONSABLE EN EL JUICIO DE AMPARO?*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, No. 29, 2005, pg. 605.)

<sup>24</sup> Artículo 1434 del Código de Comercio.

### 3.2.3. Tensión entre autonomía de la voluntad y facultad de dirigir el procedimiento

¿Quién controla el arbitraje? La pregunta parecería sobrada dada la explicación contenida en las anteriores secciones. Sin embargo, no es ociosa. Como se vio en la sección II de este estudio, el arbitraje tiene un fuerte componente contractual, lo cual implica que las partes tienen libertad para diseñar el tipo de mecanismo que desean utilizar para resolver su controversia. A tal grado que algún autor habla de 'Arbitraje a la carte'.<sup>25</sup>

Luego entonces, si las partes tienen la libertad de —vía acuerdos procesales— confeccionar el procedimiento que desean, y ello debe ser respetado por el árbitro, ¿dónde queda el papel del árbitro como capitán del barco al que hice alusión con anterioridad?

El lector notará que existe una tensión entre, por un lado, la autonomía de la voluntad y, por el otro, las facultades del árbitro. Y se trata de un tema importante y pragmático.

A continuación propongo una fórmula (que admito que no carece de opositores): Regla 1: es el árbitro quien conduce el procedimiento. Regla 2: las partes pueden llegar a convenios procesales, y el árbitro debe implementarlos. Regla 3: dicha regla tiene un límite: que se entrometa con su facultad jurisdiccional. Me explicaré.

#### a) *Regla: los acuerdos de las partes vinculan al árbitro*

Es cierto que dada la naturaleza contractual del procedimiento las partes tienen libertad de llegar a acuerdo procesales,<sup>26</sup> y el árbitro estará *obligado* por los mismos. Ello ha sido expresamente reconocido en otras jurisdicciones.<sup>27</sup> La violación de dicho pacto sería una causal de nulidad<sup>28</sup> y no ejecutabilidad<sup>29</sup> del laudo. Lo que es más, algunas cortes han llegado a calificar dicha trasgresión de una violación al orden público.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Francisco González de Cossío, *ARBITRAJE*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2004, pg. 228.

<sup>26</sup> Dichos acuerdos tienen naturaleza contractual. En esencia son 'contratos'.

<sup>27</sup> *Société Torno SpA v. Société Kagumi Gumi Co Ltd*, Corte de Apelación de París, 19 de mayo de 1998, *Revue de L'Arbitrage*, 1999, pg. 601.

<sup>28</sup> Artículo 1457(I)(d) del Código de Comercio.

<sup>29</sup> Artículo 1461(I)(d) del Código de Comercio.

<sup>30</sup> *Dubois et Vanderwalle v. Boots Frites*, *Revue de L'Arbitrage*, 1996, pg. 100; y *Brljevic v. Sarl NCM Industrie*, *Revue de L'Arbitrage*, 2001, pg. 200. Disiento de la postura, y por dos razones. En primer lugar, el contenido del orden público es distinto. En segundo, si se adoptara esta postura, existiría un traslape con la causal de no consecución del procedimiento en la forma acordada por las partes (arts. 1457(I)(d) y 1461(I)(d) del Código de Comercio). Toda interpretación expansiva de un precepto que deja a otro hueco dista de ser la más apropiada.

b) *Excepción: garantías procesales y eficacia del arbitraje*

Los convenios procesales son bienvenidos, siempre que no impliquen una violación a una garantía procesal o mermen la eficacia del procedimiento arbitral. El fundamento es doble: primero, el deber de todos de asegurar un trato justo y equitativo en el procedimiento. Segundo, la naturaleza de la actividad.

Sobre el primero, el artículo 1435 del Código de Comercio no estableció como sujeto pasivo al árbitro. Lo dejó abierto. Ello obedeció al deseo de sus arquitectos que el principio, dada su importancia, aplicará no sólo al árbitro, sino a las partes. Dicho en forma negativa, es jurídicamente imposible acordar ser tratado en forma desigual. Si ello sucede, el pacto carecerá de efectos jurídicos.

Sobre el segundo, el árbitro realiza un acto jurisdiccional.<sup>31</sup> Dicen el derecho. Así lo hacen ver destacados tratadistas (René David,<sup>32</sup> Henry<sup>33</sup> y Clay<sup>34</sup>). Al encomendar dicha labor a un determinado profesionista, no sólo se hace por sus conocimientos jurídicos sustantivos, sino también por su pericia procesal, lo cual es delicado —además de complejo. Por ello, la facultad del árbitro de ignorar los pactos que ponen en tela de juicio su facultad para juzgar es una facultad implícita del *receptum arbitri*.<sup>35</sup>

Comulgo con Kaufmann-Kohler,<sup>36</sup> Jarrosson<sup>37</sup> y Hascher:<sup>38</sup> la voluntad de las partes encuentra como límite la esencia del poder jurisdiccional. La preponderancia de las facultades procesales de los árbitros se justifican por el deseo de eficacia, inherente a la administración de justicia.

---

<sup>31</sup> Hay quien disiente. Creo que la fuente de la diferencia de opinión obedece a que la noción 'jurisdiccional' se le concibe en forma (innecesariamente, en mi opinión) limitada como aquella facultad *del Estado*, vía judicatura, de dispensar justicia. Considero que la noción amplia es más adecuada: *juris dicere* —decir el derecho, y resolver una disputa acorde a ello. El que sea un funcionario (juez) quien lo haga o un practicante privado, no cambia la naturaleza del acto.

<sup>32</sup> *ARBITRAGE ET DROIT COMPARE*, pgs. 12-14.

<sup>33</sup> Marc Henry, *LE DEVOIR D'INDEPENDANCE DE L'ARBITRE*, Bibliothèque de Droit Privé, tome 352, L.G.D.J., París, 2001, pg. 188.

<sup>34</sup> Clay, ob. cit., pg. 589

<sup>35</sup> Klaus Peter Berger, *INTERNATIONAL ECONOMIC ARBITRATION*, Kluwer, Deventer/Boston, 1993, pg. 372.

<sup>36</sup> Gabrielle Kaufmann-Kohler, *QUI CONTROLE L'ARBITRAGE? AUTONOMIE DES PARTIES, POUVOIRS DES ARBITRES ET PRINCIPE D'EFFICACITE*, en *LIBER AMICORUM CLAUDE REYMOND AUTOUR DE L'ARBITRAGE*, Litec, París, 2005, pg. 163.

<sup>37</sup> Jarrosson, *QUI TIENT LES RENES DE L'ARBITRAGE? VOLONTE DES PARTIES ET AUTORITE DE L'ARBITRE*, nota sobre *Société Torno SpA v. Société Kagumi Gumi Co Ltd*; *Revue de L'Arbitrage*, 1999, pg. 601. Sus palabras exactas son: "La volonté des parties trouve sa limite dans ce qui fait l'essence du pouvoir juridictionnel".

<sup>38</sup> Dominique Hascher, *PRINCIPES ET PRATIQUE DE PROCEDURE DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL*, Recueil des Cours de l'Académie du Droit International, 1999, pg. 51-193.

No postulo que deben simplemente ignorarse los acuerdos procesales. Ello sería contrario a la labor del árbitro. Si el árbitro considera que un pacto transgrede los lineamientos apuntados, debe hacérselo saber a las partes buscando consensar una solución. Sólo si —después de que ha hecho todo lo razonablemente posible— fracasa, debe echar mano de la facultad que he defendido, mas como último recurso.

### 3.3. MOTIVAR EL LAUDO

El árbitro tiene que motivar el laudo.<sup>39</sup> El término ‘motivar’ en dicho artículo es jurídicamente equivalente a ‘fundar y motivar’ bajo el derecho constitucional y administrativo mexicano. Es decir, el árbitro tiene que citar los preceptos jurídicos en los que basa sus resoluciones, y realizar un análisis que implique la aplicación del derecho a las circunstancias del caso, detallando porqué el derecho se conjuga *in casu* en la forma que el árbitro considera.

La motivación tiene un papel justificativo, pedagógico, persuasivo y explicativo: explicar porqué ganan y porqué pierden. Es la prueba de que las pretensiones han sido cuidadosamente consideradas. Es una garantía contra la arbitrariedad.

La motivación tiene una triple audiencia: las partes, profesionales y la opinión pública. Como dice el viejo adagio: es de fundamental importancia que la justicia no solo se administre, sino que se perciba que es administrada.<sup>40</sup>

El alcance del deber de motivación ha sido objeto de divergencia de opinión. Hay quien postula que *todos* los argumentos presentados por las partes deben ser expresamente abordados y, en su caso, refutados, para cumplir con el deber de motivación. En forma contraria, hay quien sostiene que mientras que todos los *puntos jurídicos a resolver* hayan sido resueltos y los argumentos que motivan porqué el árbitro adoptó la postura que prevaleció sean detallados en el laudo, se cumple con el deber de motivar.

La tendencia prevaleciente y mejor derecho, en mi opinión, es que el debido proceso no exige que se mencionen en el laudo *todos* los argumentos, sólo los medulares. Sin embargo, en casos delicados puede ser útil rebasar dicho *minimum* para persuadir a la parte perdedora y restar efectos a chicanas que busquen anular o no reconocer el laudo.

Al respecto, la postura más recomendable a los jueces que ventilen solicitudes de nulidad o no reconocimiento es rechazar dicho tipo de argumentos. Sólo en caso de una ausencia *total* de descripción de posturas puede considerarse la procedencia de dichas acciones. Después de todo, se trata de arbitraje; el deseo de resolver una controversia en forma sumaria y eficiente necesariamente implica que el tribunal se

---

<sup>39</sup> Artículo 1448 del Código de Comercio.

<sup>40</sup> En inglés: “It is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”. Los motivos descansan en el papel social del Derecho.

concentre en los puntos medulares y que los argumentos irrelevantes sean descartados.

Lo que es claro es que ninguna de las premisas en las que descansa la conclusión del tribunal debe haber escapado un debate contradictorio entre las partes. Es decir, el árbitro no puede *motu proprio* incluir elementos en su resolución sin que las partes hayan tenido oportunidad de comentarlos.<sup>41</sup>

La necesidad de que exista un debate contradictorio entre las partes sobre el asunto genera duda sobre si dicho debate debe ser sobre los aspectos jurídicos y fácticos, o exclusivamente los primeros. A diferencia del juez—al que le aplica el principio *iura novit curia*—y que por consiguiente una exposición fáctica podría (en teoría) ser suficiente, al árbitro no le aplica dicho principio, por lo que parece ser que un debate tanto fáctico como jurídico es necesario.

Con toda su importancia, la motivación es renunciable. Así lo contempla expresamente el derecho arbitral.<sup>42</sup> En un caso del que el autor tuvo conocimiento la misión del árbitro consistía en simplemente poner una cruz dentro de la caja/opción que las partes habían confeccionado en su acuerdo arbitral. Las opciones eran: (1) *A* gana; (2) *B* gana. Si bien las partes de otorgaban un contenido obligatorio a cada una de las opciones, no les interesaba saber porqué el árbitro lo decidió así. Lo único que interesaba era una respuesta rápida.

He utilizado dicho ejemplo en varios cursos de arbitraje y mis alumnos me han hecho ver diferentes razones por las que creen que debe y no debe ser válido dicho pacto. Si bien este no es el foro para agotar el tema, deseo mencionar que considero que dicho pacto debe ser válido, y es de esperarse que los tribunales así lo sostengan cuando el caso llegue a sus manos.

### 3.4. EMITIR UN LAUDO EJECUTABLE

Con frecuencia se dice que un árbitro tiene el deber de emitir un laudo ejecutable. Dicha obligación es peligrosa por dos motivos: el laudo tiene curso legal internacional, y puede ser imprevisible en qué jurisdicción se intentará su ejecución, y las peculiaridades de la misma en cuanto a la validez del laudo se refiere.

El segundo motivo es que, tomado a rajatabla, si un laudo es anulado, podría implicar la responsabilidad de los árbitros.

Considero, y postulo, que dicha obligación es una de mejores esfuerzos, no de resultado.

---

<sup>41</sup> Como lo dijo la Corte de Apelación de París en el caso *Shérif Jamil Ben Nasser v. BNP et Crédit Lyonnais*, (14 de octubre de 1993): “Rien de ce qui sert a fonder le jugement de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties”. Diversos autores hacen eco de dicha noción. Por ejemplo, Clay, *op. cit.* pg. 311, J. Pellerin, L. Dermine, *L'ARBITRE ET LES MESURES D'INSTRUCTION*, en *L'ARBITRAGE. MELANGES ALBERT FETTWEIS*, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 73. Otros casos han seguido el mismo razonamiento.

<sup>42</sup> Artículo 1448 del Código de Comercio.

Me uno a las observaciones de Pierre Karrer en el sentido que dicho deber en verdad no existe y que los artículos de los reglamentos arbitrales que son citados como fuente de dicha obligación en verdad no la contienen.<sup>43</sup> Son normas que buscan llenar vacíos con respecto al deber de las instituciones y tribunales arbitrales de cooperar con las partes.<sup>44</sup> Interpretar que los mismos incluyen dicha obligación de resultados es llevarlos demasiado lejos.

El árbitro tiene la obligación de hacer sus mejores esfuerzos por que el laudo sea ejecutable en la jurisdicción sede del arbitraje. Ni más. Ni menos.

### 3.5. FACULTAD *EX AEQUO ET BONO*

Existen dos tipos de arbitrajes: en estricto derecho y *ex aequo et bono*. Mientras que el contenido del primero es claro, el segundo es objeto de diferencia de opinión. El debate tiene que ver con el alcance de la facultad. ¿Qué quiere decir que un árbitro deba decidir ‘en equidad’?<sup>45</sup>

El debate es interesante por varios motivos. En primer lugar, el calibre de los juristas involucrados en la controversia es elevado. A su vez, en apoyo de cada postura se esgrimen argumentos persuasivos. No obstante que parece un tema teórico, es práctico. Diferentes jurisdicciones han adoptado posturas disímolas. Y por si fuera poco, aunque los casos siguen siendo excepcionales, su frecuencia tiende a crecer.

¿Qué postura debe tomar un árbitro en caso de encontrar que su misión es resolver *ex aequo et bono*?

Comencemos por lo que significa. *Grosso modo* existen dos bandos. Por simplicidad los llamaré el conservador y el liberal. Los conservadores consideran que el contenido de la facultad implica que, en principio, debe seguirse y citarse el derecho aplicable. La especialidad de la facultad reside en poder apartarse del mismo cuando su aplicación estricta resulte injusta o inequitativa. Es decir, *ex aequo et bono* no es una renuncia de las partes a que los árbitros citen el derecho, sino a que lo apliquen estrictamente.<sup>46</sup> Los liberales consideran que el árbitro *ex aequo et bono* puede hacer caso omiso del derecho. No es necesario que cite nada, sólo tiene que explicar porqué su resolución es justa y equitativa.

<sup>43</sup> Por ejemplo, artículo 35 del Reglamento CCI y 44 de las Reglas CAM.

<sup>44</sup> Pierre A. Karrer, *MUST AN ARBITRAL TRIBUNAL REALLY ENSURE THAT ITS AWARD IS ENFORCEABLE?*, en *LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER, GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION*, ICC Publishing, 2005, pg. 429.

<sup>45</sup> Lo que algunos llaman ‘a verdad sabida y entera fe guardada’.

<sup>46</sup> Así lo defienden Michael Bühler y Sigvard Jarvin, *CAN THE QUESTION OF THE LAW APPLICABLE TO THE MERITS BE LEFT UNDETERMINED BY THE AMIABLE COMPOSITEUR?* (inédito). Sus palabras exactas son “the amiable composition clause is not, unless it is expressly excluded by the parties, a waiver of the rights to the application of the law, but only to its strict application by the arbitral tribunal.” Citan al respecto a E. Loquin, *L’AMIABLE COMPOSITION EN DROIT COMPARE ET INTERNATIONAL, CONTRIBUTION A L’ETUDE DU NON-DROIT DANS L’ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL*, Travaux du CREDIMI, Paris, 1980.

Los conservadores hacen ver que su postura da más certeza jurídica. Las facultades de la postura liberal son demasiado amplias. Casi omnímodas.

Existe una marcada tendencia doctrinal por seguir la postura conservadora. Sin embargo, comulgo con la liberal.<sup>47</sup> Considero que, por los motivos que a continuación daré, es la mejor interpretación por ser la más acorde con la voluntad de las partes.

Durante un debate reciente sobre este tema un reconocido árbitro mexicano emitió un argumento que me persuadió:<sup>48</sup> uno puede escoger a un árbitro por diferentes razones. El motivo más frecuente es por sus conocimientos jurídicos. Pero pueden existir otras. Por ejemplo, puede escogerse a alguien por respeto a su intuición o su sentido de la justicia. Y —en mi opinión— el derecho debe contemplar una institución que lo permita. Exigir que tenga que motivar en derecho podría ser anquilosante, formalista y —lo que es más importante— contrario a la voluntad de las partes.

Lo que sucede es que los abogados tenemos un (natural) sesgo de formación: sin derecho nos sentimos como barco sin quilla. Debemos entender que el acudir a un sistema jurídico es *una* forma de solucionar una controversia. Mas no la única. Y no siempre es la justa — aunque sea la lícita. Ya lo decía el viejo adagio: '*Nom omne quod licet honestum est*'.

Habiéndome pronunciado por la postura liberal, deseo hacer un par de observaciones sobre el papel que el árbitro tendría que seguir de encontrarse con que ha sido investido con dicha facultad. En primer lugar, aclaro que la postura que defiendo es del 'deber ser', mas no necesariamente el 'ser'. El árbitro debe cerciorarse que el derecho arbitral aplicable (incluyendo su interpretación judicial) no haya decidido algo en contrario.<sup>49</sup> El segundo punto a tomar en cuenta es que, dada la diferencia de opinión que existe sobre esto, puede ser conveniente cerciorarse del entender de las partes en el procedimiento sobre este tema. Ello puede requerir un intercambio de posturas al respecto, y posiblemente una decisión previa, con miras a dar claridad a las partes del papel que realizará el árbitro y evitar una sorpresa.

Deseo concluir esta sección con una duda que me surge sobre el debate sobre el contenido de la facultad *ex aequo et bono*. Si la postura conservadora permite alejarse del derecho para llegar a la justicia y equidad, y la liberal permite directamente motivar en base a ella, ¿no se tratará *en esencia* de lo mismo?

---

<sup>47</sup> Debo admitir que un asunto que tuve hace algunos años me forzó a realizar una investigación sobre el tema y me hizo concluir que la forma de actuar es la descrita en los párrafos anteriores como conservadora. Desde entonces, en mis cursos de arbitraje, así lo he enseñado. Sin embargo, he cambiado de opinión.

<sup>48</sup> Alejandro Ogarrio Ramírez España. El contexto fue un intercambio de observaciones dentro del Comité de Arbitraje del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional. Febrero-marzo de 2007. Las palabras que a continuación doy son mi explicación a sus observaciones. Espero estarle haciendo justicia.

<sup>49</sup> Si el árbitro encuentra que el derecho arbitral aplicable adopta la postura conservadora, tendrá que actuar como tal. Después de todo, ello significará que el pacto de las partes de arbitrar *ex aequo et bono* en la sede X significa: *ex aequo et bono según se concibe en el derecho arbitral X*. Pero si el tema está abierto (como es el caso de México) podrá actuar liberalmente y postulo que la judicatura debe respetar dicho actuar.



### 3.6. CONDENA DE COSTAS

Las costas en arbitrajes son frecuentemente subutilizadas por los árbitros. Su contenido y diseño permite fines distintos a los evidentes. No explotarlos redundaría en detrimento de la eficacia del arbitraje. A continuación mencionaré brevemente por qué concibiéndolos como lo que pueden ser: un incentivo o una sanción. Una zanahoria o un palo.<sup>50</sup>

#### 3.6.1. Concepto de Costas

El Código de Comercio no define o enuncia qué se entiende por “costos del arbitraje”. Si bien la razón es desconocida,<sup>51</sup> no debe ser preocupante. Después de todo, es con frecuencia definido por los reglamentos arbitrales y, en cualquier caso, será establecido por el tribunal arbitral en el laudo. No obstante lo anterior, por lo general abarcan los siguientes conceptos:

- a) Los honorarios del tribunal arbitral;
- b) Los gastos del tribunal arbitral, incluyendo los de viaje;
- c) Los costos de asesoría pericial o cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
- d) Los gastos incurridos por los testigos, incluyendo de viaje, en la medida en que sean aprobados por el tribunal arbitral;
- e) Los gastos de representación y asistencia legal de la parte que prevalece, cuando dichos gastos hayan sido reclamados durante el procedimiento arbitral y exclusivamente en la medida en que el tribunal arbitral determina que los mismos son “razonables”; y
- f) Cualesquiera gastos y honorarios de la autoridad designadora del tribunal arbitral o supervisadora del arbitraje, en su caso.

Si bien existe una práctica variada en relación con el resarcimiento de gastos legales, por lo general los reglamentos arbitrales no imponen el deber a la parte perdedora a pagar los gastos legales de la parte ganadora. Por ello, el derecho arbitral deja el tema regulado en forma abierta dándole a los árbitros la discreción (mas no la obligación) para determinar si, y en qué medida, los gastos legales deben ser resarcidos.<sup>52</sup> Ante ello, no existe una presunción de que la parte que pierde debe pagar a la parte que

---

<sup>50</sup> Esta sección está basada en un artículo publicado por el autor en Pauta 2007 denominado *LAS COSTAS EN EL ARBITRAJE, ¿UNA ZANAHORIA O UN PALO?*.

<sup>51</sup> A diferencia del resto del derecho arbitral mexicano, el capítulo de costas (artículos 1452 a 1456 del Código de Comercio) está inspirado en el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976. Esta es una de las pocas áreas en las que la ley mexicana sobre arbitraje se apartó de la ley modelo de la UNCITRAL. Al hacerlo se copiaron, casi en su totalidad, las disposiciones sobre el tema del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976. (Artículos 38 a 41 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.)

<sup>52</sup> Committee Report Note on the travaux préparatoires, pg. 43. Pieter Sanders, *COMMENTARY ON THE UNCITRAL ARBITRATION RULES*, II YBCA, 1977, pgs. 214-217.

gane sus gastos de representación. El tribunal arbitral tiene libertad para determinar si deben resarcirse, y su razonabilidad.

### **3.6.2. Regulación**

El Código de Comercio establece, en resumidas cuentas, cuatro reglas básicas en materia de los costos del arbitraje: 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. Analizarlas rebasaría el propósito de este estudio. Lo que es relevante es el papel del árbitro con respecto a las mismas.

#### *a) Determinación de los gastos del arbitraje*

Como punto de partida el Código de Comercio establece que los gastos serán cubiertos por la parte vencida en el procedimiento arbitral.<sup>53</sup> Esta regla general no es óbice para que el tribunal arbitral los distribuya en forma distinta, o para que las partes acuerden una distribución distinta, lo cual generalmente sucede en el acuerdo arbitral. Sin embargo, esta regla tiene una limitante: que los mismos sean ‘razonables’ a criterio del tribunal arbitral.

Bajo el criterio de ‘razonabilidad’ de los gastos en el arbitraje el tribunal debe considerar lo siguiente al momento de hacer su determinación sobre gastos:<sup>54</sup>

- a) El monto en controversia;
- b) La complejidad de la materia;
- c) El tiempo invertido por los árbitros;
- d) Cualquier otra circunstancia relevante.

La norma en cuestión busca establecer un límite a la posibilidad de que se disparen los costos del procedimiento arbitral, o una manera de evitar abuso por una de las partes.

La aplicación del criterio de ‘razonabilidad’ es semejante a un ‘examen de balanceo’: el tribunal hará un ejercicio que se asemeja a poner en ambos lados de una balanza las circunstancias relevantes que abogan en favor de la distribución entre las partes de los mismos. Realizado lo anterior, se observará la inclinación de la balanza y en base a ello se hará una determinación de la distribución de los gastos.

Lo anterior implica que el tribunal tomará en cuenta todas las circunstancias del caso para distribuir los gastos en forma justa. Un criterio importante en ello es la conducta de las partes en el procedimiento. Cuando una reclamación es frívola, o una parte provocó gastos en el procedimiento mediante conducta activa (p.e., tácticas dilatorias) u omisiva (p.e., dejar de comparecer a la audiencia sin aviso previo), por lo

---

<sup>53</sup> Artículo 1455 del Código de Comercio.

<sup>54</sup> Artículo 1454 del Código de Comercio.

general el tribunal arbitral toma en cuenta dichas circunstancias para repercutir en su contra los gastos que de ello se generen a cargo de la otra parte.

Esta facultad es de gran utilidad práctica. La posibilidad de que los gastos sean repercutidos en forma dispar incentiva a las partes (suponiendo sofisticación) para litigar de buena fe y buscar medidas que efficienten el procedimiento arbitral.<sup>55</sup> Veamos porqué.

b) *Las costas como una zanahoria o como un palo: un ejercicio de diseño de incentivos*

Los incentivos son medios para hacer que la gente haga más de algo bueno y menos de algo malo. Un incentivo es un mecanismo asombroso para cambiar una situación.<sup>56</sup>

La importancia y utilidad de los mismos es con frecuencia pasada por alto por juristas.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> Mal manejados pueden generar el resultado inverso.<sup>59</sup>

El diseño de incentivos es difícil y engañoso. En esencia, involucra un punto medio entre dos extremos: premiar o sancionar. Una zanahoria o un palo.

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.

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

---

<sup>55</sup> Por ejemplo, en un caso que recibió atención pública (*Ethyl Corporation v. the Government of Canada*, Laudo sobre competencia de fecha 24 de junio de 1998), la falta de cumplimiento con un requisito de procedencia del arbitraje dio como lugar un incidente de debate que involucró una audiencia. Al concluir el mismo el tribunal sostuvo que, no obstante que era cierto que el demandante no había cumplido con el requisito en cuestión, era necesario desechar la reclamación puesto que ello sólo invitaría al desperdicio de recursos (tiempo). Sin embargo, dado que el incumplimiento del requisito estaba demostrado, la sanción más adecuada era repercutir todos los gastos de dicha etapa a la parte que incumplió con el mismo.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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 (DESESPERADO) LLAMADO DE ACCIÓN*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., 2007.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> Por ejemplo, una multa pequeña puede invitar, más que desalentar, la conducta en cuestión.

c) *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.<sup>60</sup>

d) *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 es además *eficiente*: si una parte encarece el procedimiento o adopta tácticas hostigantes, será condenado a soportar los gastos que ello genera.

e) *Prerrequisito elemental*

Pero todo lo anterior supone algo indispensable: que el tribunal arbitral en verdad distribuya los costos entre las partes en base a su conducta procesal.<sup>61</sup> Y esto, que parece tan obvio, con frecuencia no se da. Es mi deseo hacer una llamado enérgico a que así se conciba.

No hacerlo genera incentivos negativos: no solo no atribuye las consecuencias a quien las genera, sino que condena la herramienta a su subutilización, genera incentivos perversos<sup>62</sup> y provoca frustración en la parte que sí razona y se comporta de esta manera.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> Deseo citar como ejemplo y aplaudir la postura adoptada por el tribunal arbitral en el caso *CDC Group PLC v. Republic of the Seychelles* (11 ICSID Reports 2005, pg. 266) donde se ordenó a la parte que perdió cubrir la totalidad de las costas dado que la reclamación de nulidad del laudo carecía por completo de mérito. Como dijo el Tribunal: "The annulment application was fundamentally lacking in merit ... and respondent's case was to any reasonable and impartial observer most unlikely to succeed" (párrafo 89 del laudo final). Como puede verse, las costas fueron utilizadas como un palo.

<sup>62</sup> ¿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.

<sup>63</sup> En más ocasiones de las que me gusta admitir he recibido laudos en los que la distribución de costas no sigue ésta 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.

### 3.6.3. Comentario Final

Además de su función evidente, 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.

## 4. TEMAS DELICADOS

A continuación se abordarán temas que en la práctica han mostrado ser problemáticos.

### 4.1. EL ÁRBITRO PÍCARO

Bajo el rubro genérico de ‘árbitro pícaro’ deseo abarcar un conjunto conductas que la práctica enseña que en ocasiones los árbitros incurren. Sea que se trate de un árbitro ausente, mudo, parcial, indeciso, tortuga, liebre, aburrido, profesoral, salomónico,<sup>64</sup> demasiado ocupado, poco cooperativo con sus coárbitros, sabio-egocentrista,<sup>65</sup> vedette, momia,<sup>66</sup> árbitro-juez,<sup>67</sup> e inclusive el árbitro-saboteador. Como dice el destacado jurista Serge Lazareff de *arbitris illustribus*.<sup>68</sup>

Esto es un problema real, aunque afortunadamente excepcional y de frecuencia decreciente.

Su origen es fácil de entender: ¿cómo conciliar la imparcialidad e independencia del árbitro con el método de nominación del mismo, que tiene por efecto establecer una relación con la parte que los nombra?

Dicho método ha generado el riesgo de que cada árbitro se comporte como el abogado de la parte que lo nombró. O pero aun, que la parte designe a un árbitro pícaro que sabotee el procedimiento mediante, por ejemplo, una renuncia en un momento delicado. Si bien dicha circunstancia puede manejarse con el cuerpo legal existente, deseo propugnar por la siguiente medida adicional: de estarse en dicha

---

<sup>64</sup> El que divide al bebé en 50/50.

<sup>65</sup> El árbitro que siente que su postura del caso es la correcta, y que sus colegas no tienen nada que aportar, o que su alta sabiduría merece que los coárbitros agachen la cabeza y hagan eco de lo que él dice.

<sup>66</sup> El árbitro que durante la audiencia no hace nada. No pregunta, no toma notas, no se inmuta. Ni siquiera se mueve.

<sup>67</sup> Aquél que considera que el arbitraje es ‘un litigio más’ y trata todo como se haría ante un juez como si fuera un litigio ordinario mercantil.

<sup>68</sup> Serge Lazareff, *L'ARBITRE SINGE OU COMMENT ASSASSINER L'ARBITRAGE*, en *LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER, GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION*, ICC Publishing, 2005, pg. 477.

circunstancia, la parte que lo haya designado debe perder el derecho de volver a nombrar al árbitro.

La designación de un árbitro que no reúna los requisitos correspondientes o —pero aún— que incurra en tácticas que resten eficacia al mismo, debe tildarse como un abuso de dicho derecho, y debe motivar la pérdida del mismo. De esta manera, la designación en sustitución no la haría la parte misma (lo cual es el régimen actual), sino la autoridad que en ausencia de pacto entre las partes hubiera designado: sea la institución arbitral o el juez. Esto sería un paso que desincentivaría la táctica y daría eficacia al arbitraje. El órgano que tendría que determinar si la renuncia fue ilegítima —y por ende acarrea la pérdida del derecho— sería el resto del tribunal arbitral, por ser el que tiene mejor conocimiento de causa.

#### 4.2. DEMANDAS CONTRA ÁRBITROS

Con creciente frecuencia se observa que la parte que no prevalece en el arbitraje demanda, en forma paralela o conjunta a la solicitud de nulidad, al tribunal arbitral. Dichas demandas han sido infructuosas en cuanto al objetivo de buscar indemnización, pero han generado debate sobre el status (derechos y obligaciones) del árbitro con relación a los procedimientos que las partes toman con respecto al laudo.

A continuación abordaré (1) la posibilidad de que árbitros sean parte en los procedimientos de nulidad o reconocimiento y ejecución; (2) la responsabilidad del árbitro; (3) la rectitud de la práctica; y (4) la forma en que debe responder la judicatura.

##### 4.2.1. Interés jurídico de los árbitros

Dos reconocidos expertos en materia de arbitraje postulan que los árbitros tienen interés jurídico para reclamar en amparo una sentencia que anula un laudo.<sup>69</sup> Las premisas de su conclusión son que (i) los árbitros tienen el deber de dictar un laudo válido y ejecutable, (ii) el incumplimiento de dicho deber puede generar una reclamación por daños y perjuicios, y (iii) dado que tienen (o deben tener) ‘interés jurídico’ las personas a quien se les causa un agravio personal y directo, una sentencia que anule un laudo causa un agravio que reúne el requisito de “personal y directo”:<sup>70</sup> perjudica el prestigio de los árbitros.

---

<sup>69</sup> José María Abascal Zamora y Cecilia Flores Rueda, *¿LOS ÁRBITROS CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR, MEDIANTE JUICIO DE AMPARO, LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA NULIDAD DEL LAUDO?* En busca de la Teoría Constitucional (a la luz de las Resoluciones del Poder Judicial Federal), Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, Julio 2005, pg. 1.

<sup>70</sup> Fijado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como requisito para que se tenga interés jurídico. Véase la siguiente jurisprudencia: INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR PERJUICIO PARA EFECTOS DEL (Amparo en revisión 7510/65, Amparo en revisión 2972/62, Amparo en revisión 1017/59, Amparo en revisión 5550/57 y Amparo en revisión 6608/58.)

Considero que la teoría merece escrutinio tanto por lo agudo de su contenido como por la autoridad de quien la emite.

En mi opinión, procura algo plausible: busca dar derecho de acción a quien un evento puede perjudicar. En ausencia de dicho derecho el árbitro tendría que permanecer como espectador ante iniciativas que *en passant* ponen en tela de juicio su pericia (y a veces su ética). Y ello puede ser insoportable. No es inusual que la parte que no prevalece en un arbitraje no depare en la cantidad de argumentos —con frecuencia falaces y en ocasiones hasta falsos— para denostar el proceso que dio origen al laudo que desea combatir.

Sin embargo, disiento en que las premisas —de suyo correctas— arrojen la conclusión que se postula. Ello por tres motivos: (a) dichas circunstancias no generan un agravio ‘personal y directo’ como lo ha definido la judicatura; (b) en caso de que se anulara el laudo y ello motivara una acción indemnizatoria en contra de los árbitros, es en dicho procedimiento que los árbitros tendrían oportunidad de atacar tanto los motivos de la nulidad como su suficiencia para generar responsabilidad profesional; y (c) adoptar dicha teoría podría ser contrario a los requisitos de independencia e imparcialidad de los árbitros. Abordaré cada uno por separado.

#### 4.2.1.1 Ausencia de un agravio personal y directo

Curiosamente uno puede seguir los mismos pasos argumentativos de la postura comentada y llegar a la conclusión contraria. Dichos distinguidos practicantes argumentan que existen dos motivos separados que justifican el que el árbitro cuente con interés jurídico para atacar la sentencia de nulidad del laudo: (i) la reputación de los árbitros; y (ii) el deber de emitir un laudo válido y ejecutable, aunado a la posible responsabilidad que su incumplimiento puede generar.

Con respecto a la reputación, el fenómeno es cierto pero insuficiente para la conclusión que se pretende apoyar. La jurisprudencia citada dice, en su parte relevante:

... un acto reclamado en amparo causa perjuicio a una persona física o moral cuando lesiona directamente sus intereses jurídicos, en su persona o en su patrimonio y es entonces cuando nace ... la acción constitucional o anulatoria de la violación reclamada en un juicio de garantías ...<sup>71</sup>

¿Dónde está la lesión *directa* a sus intereses jurídicos, su persona o patrimonio? Considero que es cierto que existe una lesión *indirecta*: su reputación. Pero la nulidad de un laudo afecta *directamente* al acreedor bajo el mismo; no a quien lo emite. Podría contestarse que ello sería cierto en cuanto a la primera hipótesis (interés jurídico<sup>72</sup>) y la

---

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Pues no existe precepto legal alguno que otorgue dicho derecho a los árbitros.

tercera hipótesis (patrimonio<sup>73</sup>) pero la segunda sí se ve actualizada: “su persona”. Creo que dicha posibilidad se ve resuelta con la oportunidad de hacer valer sus derechos en el juicio que ventile la acción indemnizatoria, como a continuación se tratará.

#### 4.2.1.2 *Oportunidad de hacer valer derechos en acción indemnizatoria*

Anulado el laudo se abre la posibilidad de que la (o las) parte(s) demanden al árbitro por responsabilidad profesional: por el incumplimiento del deber de emitir un laudo válido y ejecutable.

En esta coyuntura se vislumbran dos escenarios: que la demanda tenga lugar o que no tenga lugar. No es evidente que tenga. Después de todo, será un nivel de prueba alto el que se tenga que cumplir (como se tratará en la siguiente sección).

Tomemos el caso de que tenga lugar. De actualizarse el riesgo previsto y se enderece una acción en contra de los árbitros, tendrían oportunidad para demostrar si la causal de nulidad en verdad existió y si ello genera responsabilidad. Un aspecto de difícil es si el juez que decida sobre la responsabilidad dará por existente la causal que el tribunal de nulidad decidió, o si lo analizará de nuevo. Considero que tendría que relitigarse. Aunque una primera reacción podría ser que se acepte por demostrada la causal —pues así lo sostuvo el primer juez— considero que tendría que relitigarse pues no existe identidad de partes entre el primero y segundo juicio, por lo que —so pena de dejar al árbitro en estado de indefensión con respecto a la demostración de la existencia de la causal— tendría que relitigarse la existencia de la misma —aunque se corra el riesgo de que se incurra en contradicción (se determine que la causal no se materializó, contrario a lo que haya sostenido el juez de nulidad).

Pensemos ahora en la situación en que la demanda no tenga lugar. Si bien una primera reacción podría ser de alivio, la verdadera reacción puede (paradójicamente) ser perfectamente opuesta: el árbitro vería anulado el laudo sin oportunidad de manifestar porqué la causal que se ventila no se actualiza. Ello puede ser difícil de soportar si se toma en cuenta que puede estarse defendiendo el caso de una manera distinta o menos contundente de lo que haría el árbitro. Y dicha difícil situación podría tornarse en intolerable si se hacen valer aseveraciones por las partes que sean falsas o que cuestionen la ética o pericia del árbitro.

Aunque lamentable creo que dicho escenario no ameritaría dar interés jurídico al árbitro para recurrir. Al árbitro que se encuentre en dicha circunstancia tendría en mi

---

<sup>73</sup> El patrimonio del árbitro no se ve afectado por la nulidad. Podría argumentarse que sí se puede ver afectado si ello genera una acción indemnizatoria en contra del árbitro, pero ello motiva lo que señalaré en la siguiente sección de este estudio.



opinión que ejercer la virtud de templanza y seguir los (sabios) consejos de Rudyard Kipling en su (estimulante) pensamiento “*If*”:<sup>74</sup>

Si ecuánime contemplas que la verdad los pícaros retuercen y a los necios atrapan en su red ...  
la tierra será tuya y, lo que es más, hijo mío  
¡un Hombre tu serás...!

#### 4.2.1.2 Posible generación de dudas sobre su imparcialidad

Existe un riesgo que —en mi opinión— tilda la balanza en contra de abrir la posibilidad de que un árbitro tenga interés jurídico: podría generar dudas sobre su imparcialidad o independencia.<sup>75</sup> Es cierto que ello no es claro. Defender la inexistencia de una causal no necesariamente implica defender a la parte que busca evitar la nulidad del laudo. Sin embargo, el riesgo existe. Sería conveniente evitarlo.

#### 4.2.2. La responsabilidad del árbitro

¿Debe un árbitro ser responsable por la forma en que cumple con su misión? Diferentes judicaturas dan respuestas distintas, mismas que pueden dividirse en dos grandes (y opuestas) familias: por un lado, inmunidad absoluta; por el otro responsabilidad calificada.

Como ejemplo de inmunidad absoluta está Estados Unidos.<sup>76</sup> Ejemplos de jurisdicciones que en donde existe cierta responsabilidad (inmunidad calificada) son

---

<sup>74</sup> Fragmento en español tomado de la traducción realizada por Francisco González de Cossío y Rivera (abuelo del autor). Las palabras exactas de Rudyard Kipling en inglés fueron (son):

If you can bear to hear the truth you've spoken twisted by knaves  
to make a trap for fools ...  
Yours is the Earth and everything that's in it,  
And -- which is more -- you'll be a Man, my son!

Deseo dar una explicación personal del motivo de la cita. Mi querido abuelo, en un momento de lucidez en sus últimas etapas de Alzheimer, tuvo un gesto conmigo que ha tenido una trascendencia enorme en mi vida. Platicando sobre la vida me tomó de la mano y me llevó a lo que quedaba de su esplendida biblioteca, se arrodilló frente a un cajón lleno de documentos y, en un enorme esfuerzo dada su enfermedad y edad, buscó hasta encontrar una hoja semiarrugada y amarilla por el tiempo, que contenía una versión de la traducción que él años antes había hecho del pensamiento *If* de Rudyard Kipling. En su opinión, la traducción en español frecuentemente circulada no le hacía justicia a la sabiduría del pensamiento en inglés de Kipling, por lo que él realizó la suya. Coincidió. De allí que cite su versión. En innumerables ocasiones he recurrido a dicho (arrugado y amarillo) documento, y siempre he encontrado —en diferentes porciones del mismo— inspiración.

<sup>75</sup> Artículo 1428 del Código de Comercio.

<sup>76</sup> *Tamari v. Conrad* (552 F.2d 778 (7<sup>th</sup> Cir. 1977)) en donde se sostuvo que “arbitral immunity should be extended to cases where the authority of an arbitrator to resolve a dispute is challenged”.

Austria, Inglaterra, Alemania y Noruega.<sup>77</sup> Ejemplos en donde son responsables son Francia, España y Suecia.<sup>78</sup>

Podría cuestionarse los motivos detrás de desear brindar inmunidad. Después de todo, el árbitro —como toda persona— debe ser responsable por sus actos u omisiones ilícitas. ¿De que privilegios goza?

La justificación de dicha protección proviene del deseo de resguardar las actividades del juzgador, evitando que ponga en riesgo su habilidad para emitir un fallo correcto. Se reconoce que el árbitro realiza una función *jurisdiccional*, aunque no sea *judicial*, y de existir la posibilidad de que la parte a quien no le favorece su decisión lo demande, su independencia de criterio y libertad de funciones se vería seriamente mermada.<sup>79</sup>

No es porque se desee dar un privilegio, sino una herramienta de trabajo. Como razonó el House of Lords inglés al equiparar los árbitros a jueces:<sup>80</sup>

Es aceptado que los jueces ... disfrutan de inmunidad absoluta de cualquier forma de acción civil que se entable en contra de ellos con respecto de cualquier cosa que digan o hagan durante un proceso. Ello no obedece a un deseo del derecho de tratarles con ternura sino al reconocimiento de la conveniencia que el orden público demanda a que tengan dicha inmunidad ... que es vital para la eficiente y rápida administración de justicia. ... Dado que los árbitros están en buena medida en la misma situación que los jueces al realizar las mismas funciones, el derecho ha durante generaciones reconocido que el orden público requiere que ellos también cuenten con la misma inmunidad.

Entendida la *raison d'être* de la protección, comentemos su alcance.

¿Debe de ser una inmunidad total? Considero que debe existir un límite. De lo contrario, se blindaría conducta que debe evitarse. Pero el umbral debe ser alto. El motivo es el mismo: puede mermar la calidad de justicia brindada por el árbitro que, además de cumplir con su misión, tenga que contemplar otras consideraciones.

---

<sup>77</sup> Y dentro del universo de jurisdicciones con cierta inmunidad existen variantes. Por ejemplo, en Suiza se otorga un nivel alto de protección.

<sup>78</sup> Julian D.M. Lew, *THE IMMUNITY OF ARBITRATORS*, Lloyd's of London Press Ltd., 1990.

<sup>79</sup> Como el lector recordará, esta es la misma razón por la que los jueces gozan de inmunidad.

<sup>80</sup> *Sutcliffe v. Thackrah* ([1974] A.C. 727, pgs. 735, 757-758.) Las palabras exactas fueron: "It is well settled that judges... enjoy absolute immunity from any form of civil action being brought against them in respect of anything they say or do in court during the course of trial. This is not because the law regards any of these with special tenderness but because the law recognizes that, on balance of convenience, public policy demands that they shall all have such immunity ... which is vital to the efficient and speedy administration of justice. ... Since arbitrators are much in the same position as judges, in that they carry out the same functions, the law has for generations recognized that public policy requires that they too shall be accorded the immunity to which I have referred."

Para encontrar un justo medio entre esta tensión puede echarse mano del papel contractual de los árbitros. Se recordará que es generalmente aceptado que el árbitro es un juez privado. Como se comentó en la sección II de este estudio, el árbitro tiene dos facetas: la de prestador de servicios profesionales y la de juzgador. Postulo que mientras que la faceta de juzgador puede justificar la existencia de la protección, la de prestador de servicios profesionales puede dar los elementos para deslindar el alcance.

Dada la naturaleza contractual de la relación entre el árbitro y las partes,<sup>81</sup> a la misma le aplican principios del derecho de las obligaciones. La obligación en la que me deseo concentrar es el deber de emitir un laudo válido y ejecutable. Dicho deber no puede entenderse como una obligación de resultado sino como una obligación de empeñar sus mejores esfuerzos. Ello pues el laudo puede ser anulado o no ejecutado por circunstancias que rebasan al árbitro, y considero injusto e inconveniente que cualquier motivo justifique responsabilidad. Es decir, para que una causal de nulidad genere responsabilidad al árbitro que emitió el laudo es necesario que exista dolo o culpa del árbitro.

Según Planiol la 'culpa' es una infracción de una obligación preexistente o a la obligación general de prudencia y diligencia.<sup>82</sup> Es la conducta contraria a la que debiera haberse observado.<sup>83</sup>

En mi opinión, el árbitro debe ser responsable si por su dolo o culpa el laudo es inejecutable. Las dos hipótesis son distintas, no redundantes. Mientras la primera (dolo) resulta de conducta intencional,<sup>84</sup> la segunda (culpa o negligencia) no lo es; se genera por no realizar el esfuerzo que su misión exige.<sup>85</sup>

Pero no solo debe existir culpa —debe ser 'grave'. La teoría de la graduación de la culpa es aplicable pues la relación que une a las partes y al árbitro es contractual.<sup>86</sup> El motivo por el que considero que no cualquier tipo de culpa puede ser suficiente es porque abriría la posibilidad de cuestionamientos o reevaluación por un juez de las medidas que adopte un árbitro, mismas que fácilmente pueden ser sacadas de

---

<sup>81</sup> Nótese que utilicé el plural 'partes' y no el singular 'parte'. Ello obedece a que el árbitro tiene una relación con ambas partes, no con una. No le debe nada a la parte que lo designó que no le deba a la otra. La elección de un árbitro es un paso que forma parte de la voluntad común de contar con un tribunal conformado por árbitros independientes e imparciales.

<sup>82</sup> Henri y León y Jean Mazeaud, *LECCIONES DE DERECHO CIVIL*, Parte Segunda, Volumen II, La Responsabilidad Civil, Los Cuasicontratos, Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, pg. 108.

<sup>83</sup> Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL FRANCÉS*, Tomo I, Las Obligaciones, Acrópolis, México, D.F. 1998, pg. 529.

<sup>84</sup> Por ejemplo, por adoptar la postura de un árbitro saboteador.

<sup>85</sup> Por ejemplo, por negligentemente dejar pasar el término en que debió dictarse el laudo.

<sup>86</sup> Se recordará que la teoría de la graduación de la culpa es aplicable a la responsabilidad contractual. Es inaplicable a la extracontractual pues el autor del acto ilícito responde siempre del daño. (José Castán Tobeñas, *DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL*, Tomo 4: Derecho de las Obligaciones, pg. 963.)

contexto por una de las partes —particularmente si el árbitro no es parte en el procedimiento.<sup>87</sup>

Dado que la culpa consiste en no esforzarse lo suficiente, si el árbitro tomó medidas para incrementar la posibilidad de que el laudo sea válido, debe estar exento de culpa. Ello pues no existe dolo cuando el (supuesto) culpable prevea los resultados como posibles y desee que no se produzcan adoptando precauciones.<sup>88</sup>

En el cumplimiento de toda obligación el deudor cuenta con el derecho a decidir los medios para ello. Salvo que se haya pactado distinto,<sup>89</sup> el deudor goza de discreción sobre cómo cumplir. Es decir, mientras cumpla tiene derecho a elegir cómo cumplir. Si, como parte del deber de emitir un laudo válido y ejecutable, el árbitro se esmera mediante pasos procesales diversos para que el laudo sea válido y ejecutable, no puede atribuírsele responsabilidad por la nulidad. Únicamente cuando derive de una ausencia seria de tomar medidas. Es decir, de culpa grave.

En resumen, sugeriría que los lineamientos a seguirse en relación con la determinación de responsabilidad del árbitro sean los siguientes:

1. Nunca puede cuestionarse el fondo, sólo la forma en que se ejerció la misión. Ello quiere decir que aunque el contenido de la decisión sea diametralmente opuesto a lo que dice el derecho aplicable, ello no puede ser causal de responsabilidad.
2. Puede ser responsable por negligencia o culpa grave. Por ejemplo, por dejar pasar un término.
3. Debe ser responsable por conducta dolosa. Por ejemplo, por acordar su voto con una de las partes, por corrupción, por comportarse como árbitro saboteador.

#### **4.2.3. La práctica de demandar a árbitros**

Aunque aún excepcional, es crecientemente visto que la parte que no prevalece en el arbitraje demanda a los árbitros. Han existido casos en los que se demanda a todos (incluyendo secretarios administrativos) y se exime al árbitro designado por la parte demandante. Además de ser incorrecto en lo técnico,<sup>90</sup> invita dudas sobre la imparcialidad de dicho árbitro. Podría contestarse que si el laudo es por mayoría, el

---

<sup>87</sup> Como a la fecha sucede.

<sup>88</sup> A. von Tuhr, TRATADO DE LAS OBLIGACIONES, Tomo I, Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1999, pg. 276.

<sup>89</sup> Que se haya establecido cómo debe cumplirse. Es decir, que no se haya contemplado como una obligación de resultado sino como una obligación de método.

<sup>90</sup> Después de todo, el laudo es producto de un órgano colegiado. El sentido del mismo es la intención de la mayoría, y dicha intención incluye y vincula a los ausentes y a los disidentes.

disidente no comparte responsabilidad. Ello, de si cuestionable,<sup>91</sup> genera un incentivo negativo: que los árbitros para cubrirse las espaldas —no porque así lo crean— realicen votos disidentes sobre decisiones difíciles para blindarse de responsabilidad. Lo efectos negativos son evidentes.

Considero que la práctica debe ser desincentivada. Correctamente entendido, el árbitro no daña a la parte a quien no le asiste el laudo. El árbitro sólo opinó sobre a quien asiste el derecho en una situación particular. Y lo hizo siguiendo la voluntad de las partes.

Una forma de desincentivar dicha (nociva) práctica es otorgando costas al árbitro en caso de ser demandado por una de las partes, y que ello proceda como regla, la única excepción siendo que la demanda prospere en todos sus puntos.

#### 4.2.4. La respuesta judicial

La respuesta judicial en relación con este tema ha sido la peor de todos los mundos. Si bien en estado incipiente, se empieza a observar que se desechan los recursos entablados por un árbitro en contra de un laudo. Existe tesis al respecto.<sup>92</sup>

Podría preguntarse si no me estoy contradiciendo. Después de todo en las secciones anteriores abagué por la postura que le niega interés jurídico a los árbitros en el juicio de amparo. No existe contradicción. Si el árbitro no es demandado debe de carecer de interés jurídico para *motu proprio* recurrir el laudo. Pero de ser demandado, debe contar con interés jurídico. La observación parecería obvia,<sup>93</sup> pero

---

<sup>91</sup> Al laudo, como toda decisión colegiada, le rige el principio de las mayorías.

<sup>92</sup> ARBITROS CARECEN DE INTERÉS JURIDICO PARA RECLAMAR EN EL JUICIO DE AMPARO LA RESOLUCION QUE DECLARA LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL POR NO CAUSAR DIRECTAMENTE PERJUICIO ALGUNO EN SU PATRIMONIO O PERSONA. Para que proceda la acción de amparo es indispensable que quien la promueva acredite fehacientemente ante el juzgador federal que la actuación de la autoridad responsable le causa directamente perjuicios en su persona, derechos, bienes o posesiones, para que *ipso facto* se analice la posible violación de garantías, situación que no acontece cuando los quejosos son los integrantes de un tribunal arbitral porque si lo que se reclama es el laudo emitido por éstos y se declara su nulidad los efectos del acto reclamado, en sí mismos, no producen afectación a algún derecho real o material en contra de los integrantes del tribunal arbitral, susceptible de apreciarse en forma objetiva para que se pueda constituir un perjuicio que les agravié de manera directa y personal, como sí sería que en la propia resolución reclamada el Juez responsable, al declarar la nulidad del laudo que emitieron, les haya impuesto una sanción pecuniaria o hubiese determinado que no tenían derecho al cobro de honorarios. En otras palabras, si de la resolución que constituye el acto reclamado, no se advierte que los árbitros quejosos resienten directamente un perjuicio en su patrimonio o persona, teniendo en cuenta que éste debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse a base de presunciones, no se actualiza la existencia de una afectación a su interés jurídico que haga procedente el juicio de amparo; de ahí surge la actualización de la causa de improcedencia prevista en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo. (Amparo en revisión 390/2003, Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.)

<sup>93</sup> Después de todo, son parte (pasiva) del procedimiento.

ha sucedido que se les niega. Así lo ha hecho ver un conocido practicante y experto en esta materia.<sup>94</sup>

### 4.3. PREJUZGAR

El árbitro debe conocer del caso con un ánimo completamente limpio, libre de tendencia o preferencia alguna, sea a las partes o al asunto. Es decir, debe juzgar cada caso *de novo*. De allí el vocablo '*prejuzgar*', que alude nada más y nada menos que al pecado cardinal que puede cometer un árbitro.

El árbitro debe lograr algo muy difícil: tener una conciencia de espíritu virgen. Invito a que el lector piense sobre esto un momento. Todos, por el mero hecho de existir y por las experiencias tanto personales como profesionales que hemos tenido, tenemos posturas preestablecidas sobre ciertas situaciones. Dichas opiniones son naturales. Pero cuando una persona tiene que juzgar algo, tiene que liberarse de los mismos. No hacerlo implica llegar con un ánimo cargado, tildado, y ello es contrario a la esencia de juzgar. No pretendo que la experiencia no sea utilizada. Después de todo, probablemente el árbitro fue escogido por la misma. Lo que quiero decir es que la misma debe ser un trampolín, no una piedra. Para ello no debemos estar casados con posturas. Ello sería un *prejuicio*.

Juzgar es difícil. Cualquier persona que lleve a cabo dicha actividad puede corroborarlo. Sea como juez, patrón,<sup>95</sup> maestro,<sup>96</sup> o cualquier otra faceta que exija evaluar algo, lo que sea. Si es que ha tomado con seriedad dicha labor, seguramente genera duda de sus conocimientos propios, e inclusive de su persona: ¿quién es él o ella para evaluar a otro?

La respuesta en arbitraje es que las partes, al escoger a dicho individuo, 'algo' vieron en él que hizo que desearan que fuera el juicio de dicha persona el que evaluara su conducta y los hechos del caso particular. Y el barómetro es justamente el derecho aplicable.

---

<sup>94</sup> Opinión de Carlos Loperena sobre postura de Abascal y Flores Rueda, En busca de la Teoría Constitucional (a la luz de las Resoluciones del Poder Judicial Federal), Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Ed. Themis, Julio 2005, pg. 14.

<sup>95</sup> Juzgar el desempeño laboral de alguien.

<sup>96</sup> Juzgar el nivel de conocimientos de un alumno de tal forma que se discierna qué calificación merece. Pregunto al lector: ¿Cuál es la diferencia entre un 8, un 9 o un 10? ¿Qué tanto conocimiento es necesario para llegar a cada uno de ellos?. Todo maestro ha enfrentado esta interrogante y – suponiendo que tome en serio dicha labor–, se ha enfrentado con la necesidad de llegar a determinaciones (posiblemente arbitrarias) del nivel de conocimiento que haya tenido alguien para que encuadre dentro de la (también arbitraria) categoría de un número específico. Magnífica dicha labor el hecho de que el nivel de conocimiento del maestro mismo también incrementa. Ante ello, ¿en base a qué parámetro juzgar el nivel de conocimiento o desempeño de alguien?

Esta (difícil) labor requiere de algo importante y que con frecuencia no ocurre:<sup>97</sup> la habilidad de cuestionar por *completo* con la finalidad de poder emitir un sano juicio. Ya lo dice el adagio popular: ‘el sentido común es el menos común de todos los sentidos’.

Aristóteles se percataba de que muchas veces lo que le falta a la gente no es conocimiento o inteligencia, sino simplemente lo que él llamó, el ‘buen juicio’.<sup>98</sup>

En reiteradas ocasiones he presenciado como (inclusive destacados) abogados, se casan con una postura y, aunque se les enfrenten argumentos interesantes, complejos y a veces hasta persuasivos, por algún motivo no vemos la postura contraria. Allí está, simplemente no la vemos. Considero que el primer paso para remediar este problema es percatarnos de la presencia del mismo. El árbitro debe conscientizar ésta problemática y hacer un ejercicio para ‘esterilizar su juicio’ de tal forma que pueda entrar con una mente limpia y juzgar desde sin óbice anímico alguno.

Admito que ello no es fácil. Después de todo, la disciplina legal forja un carácter que con frecuencia impide que esto tenga lugar. Se busca *conocer*, lo cual puede complicar el ejercicio aludido (mediante preconcepciones). Además se busca *defender*, lo cual implica hacer suya (casarse con) la postura que uno defiende. Además, la asertividad se nos inculca como una virtud. Y no es que no crea que no lo sea, pero los tres factores hacen que la (humilde) labor de juzgar sea más difícil de lograr.

El árbitro debe lograr desembarazarse de lo que sabe y de la opinión que tiene para lograr evaluar en el caso particular con un espíritu nuevo y formarse una opinión en base al expediente, dejando atrás las ideas y preconcepciones que pueda tener que puedan complicar dicha labor. Y ello debe ser reiterado a lo largo del asunto.

Debemos entrenarnos (posiblemente *desentrenarnos*) para llevar a acabo esta labor, poniendo de lado las demás facetas que desde hace tanto hemos trabajado.

Difícil labor que nos corresponde a los árbitros.

Existen circunstancias diversas que ponen en tela de juicio dicha actividad. A continuación se abordarán.

#### **4.3.1. Conocimiento personal de circunstancias**

¿Qué sucede si el árbitro tiene conocimiento personal de información sobre el caso?  
¿Puede ello violar el principio de debido proceso?<sup>99</sup> Hay quien ha dicho (Mohammed

<sup>97</sup> No deseo subirme a un púlpito. En no pocas ocasiones he tenido dudas de si este autor reúne dicho requisito.

<sup>98</sup> En *Ética Nicomaquea*. La sección específica que aborda es lo es ‘Judgement – right discrimination of the equitable: the place of intuition in morals, Book VI. *INTELLECTUAL VIRTUE*’, *The Nicomachean Ethics*, Oxford World’s Classics, Oxford University Press, 1980, pgs. 152 y 153.

<sup>99</sup> Clay, ob. cit., pg. 390.

Bedjaoui) que en dicho caso el árbitro debe ‘esterilizar’ la información personal que posee mediante un ‘lavado de cerebro’. Hay quien cuestiona la postura.<sup>100</sup>

Considero que ante dicha problemática el árbitro debe cerciorarse que todos los hechos y derecho en el que el árbitro base su determinación deben haber sido debatidos por las partes. El árbitro no puede fundar su determinación en un hecho que no haya sido debatido por las partes ni motivar su laudo en una cuestión (jurídica o fáctica) no citada, aunque él conozca de la misma.

### 4.3.2. Posturas previas

Me centraré en dos situaciones: la existencia de opiniones doctrinales y posturas adoptadas en casos previos.

#### 4.3.2.1 Opiniones doctrinales

Si un árbitro ha en el pasado emitido una opinión doctrinal sobre la cuestión jurídica a resolver, ¿es razón suficiente para considerar que ha prejuzgado? Existen diferentes posturas al respecto. Sin embargo, la tendencia —que comparto— es que ello, *per se*, no es razón suficiente para sospechar del árbitro.<sup>101</sup>

La aplicación del derecho es contextual. No solo es factible, sino frecuente, observar que la concepción del derecho en cierto sentido cambia *in casu* dadas las particularidades existentes. Y dicha (abstracta) convicción no debe ser un óbice si el árbitro tiene en mente justamente eso: que no debe formarse una opinión hasta conocer todas las peculiaridades del caso particular.

Tomar una postura distinta tendría dos resultados que deben evitarse: eliminar justamente a las personas más aptas para juzgar el caso: los expertos. Segundo, que expertos dejen de pronunciarse o generar literatura por temor a recusaciones. Ambos resultados son desafortunados.

Por consiguiente, una recusación fundada en dicha circunstancia tendría que proporcionar mayores elementos para prosperar.

#### 4.3.2.2 Otros casos

¿Qué sucede si, en una disputa pretérita, el árbitro ha en *obiter*<sup>102</sup> adoptado una postura sobre el asunto en cuestión?

---

<sup>100</sup> Clay, ob. cit., pg. 311.

<sup>101</sup> Henry, ob. cit., pg. 347; Phillippe Fouchard, *STATUT DES ARBITRES*, pg. 7.

<sup>102</sup> Si bien un latinajo, vale la pena abordarlo. En jurisdicciones de *common law* se distingue el corazón del asunto (el *holding*) del *obiter*, es decir, lo que no siendo la resolución de dicho caso constituyen aseveraciones sobre el derecho.



Considero que la solución a dicha situación es la misma que defenderé para arbitrajes conexos, por lo que pasaré a ello.

### 4.3.3. Arbitrajes Conexos

El que un árbitro haya conocido o conozca de una controversia conexas ha dado lugar a recusaciones y solicitudes de nulidad de laudos bajo el argumento que existe un riesgo de que haya prejuzgado. Hay quien por ello ha dicho que un árbitro no puede fungir en diversos arbitrajes conexos pues el árbitro no goza de la independencia requerida, no por la parte sino por su vínculo con la causa.<sup>103</sup> Otros han sostenido lo contrario considerando que el conocimiento de un procedimiento previo no es suficiente para mermar la imparcialidad u objetividad.<sup>104</sup> En el caso más importante sobre ello, la Corte de Apelación de París sostuvo:<sup>105</sup>

Ni el principio de contradicción ni el derecho a la defensa han sido violados cuando el mismo árbitro decide en dos instancias paralelas. La respuesta es distinta cuando en la otra instancia en la que ha intervenido existe una decisión que pueda constituir un prejuzgamiento desfavorable, en particular cuando el árbitro ha participado, en un mismo asunto, en una sentencia que entrañe lógicamente ciertas consecuencias por las cuestiones a resolver en la segunda. Sin embargo, el prejuicio debe versar sobre el conjunto indisoluble de hecho y derecho, que constituye la causa sometida al árbitro; en efecto, no existe prevención ni prejuicio cuando el árbitro es llamado a pronunciarse sobre una cuestión de hecho próxima a aquella examinada anteriormente, pero entre partes diferentes, y aún menos cuando debe resolver una cuestión de derecho sobre la cual se ha pronunciado previamente.

---

<sup>103</sup> Claude Reymond, *DES CONNAISSANCES PERSONNELLES DE L'ARBITRE A SON INFORMATION PRIVILEGIEE*, Revue de L'Arbitrage, 1991, pgs. 3 y 9.

<sup>104</sup> Tribunal de Grande Instance, *SETEC v. SICCA*, 13 de enero de 1986, Revue de l'Arbitrage, 1987, pg. 65.

<sup>105</sup> *Shérif Jamil Ben Nasser v. BNP et Crédit Lyonnais*, Corte de Apelación de París (1<sup>re</sup> Ch. C), 14 de octubre de 1993, Revue de L'Arbitrage, 1994, No. 2, pg. 380. Las palabras de la Corte fueron: "Le principe de la contradiction n'est pas violé, pas plus que les droits de la défense, lorsqu'un même arbitre statue dans deux instances parallèles; il en va autrement si est intervenue dans l'autre instance une décision pouvant constituer de la part de cet arbitre un préjugé défavorable, en particulier si l'arbitre a participé, dans la première affaire, à une sentence qui entraîne logiquement certaines conséquences pour les questions à trancher dans la seconde; cependant, le préjugé doit porter sur cet ensemble indissociable de fait et de droit qui constitue la cause soumise à l'arbitre; en effet, il n'y a ni prévention ni préjugé lorsque l'arbitre est appelé à se prononcer sur une situation de fait proche de celle examinée antérieurement, mais entre des parties différentes, et encore moins lorsqu'il doit trancher une question de droit sur laquelle il s'est précédemment prononcé."

Siguiendo el mismo razonamiento, otro caso importante sostuvo que:<sup>106</sup>

El juicio anterior de la misma causa de derecho no puede constituir un prejuzgamiento en la medida en que los casos sean distintos o las partes diferentes.

Por consiguiente, en principio, no debe haber problema de la existencia de litigios conexos. En la medida en que en los mismos versen sobre *las mismas* cuestiones de *hecho, derecho y partes*, entonces existirá la posibilidad de que la decisión en uno comprometa en el segundo.

#### 4.4. VOTOS DISIDENTES

Existe una marcada diferencia de opinión sobre lo adecuado de las opiniones disidentes.<sup>107</sup> Por ejemplo, mientras que unos las favorecen,<sup>108</sup> otros la rechazan por motivos distintos. Por ejemplo, Viatte y Gaillard consideran que no son éticas pues violan el deber de confidencialidad de las deliberaciones,<sup>109</sup> el cual es importante pues protege la libertad e independencia de los árbitros.<sup>110</sup> Bruno Oppetit califica de 'nefasta' a la práctica de la opinión disidente.<sup>111</sup> Y aún otros adoptan una postura intermedia. Por ejemplo, Jarvin dice que las opiniones disidentes sólo son admisibles en cuestiones procesales.<sup>112</sup> La práctica refleja dicha diferencia de opinión.

Deseo postular que los votos particulares deben ser evitados haciendo alusión a un principio que considero que los rige y que no he escuchado a nadie defender: el principio de las mayorías. Dicho principio es la respuesta a un problema que puede observarse en todos los órganos colegiados: la dificultad (a veces imposibilidad) de

---

<sup>106</sup> *Qatar v. Creighton Ltd.*, sentencia de la Corte de Apelación de París del 12 de enero de 1996, *Revue de L'Arbitrage*, 1996, pg. 434 y 437. Sus palabras exactas fueron "le jugement antérieur de la même question de droit ne peut constituer un préjugé dans la mesure où les engagements sont distincts et les parties différentes".

<sup>107</sup> No me adentraré en el debate por existir ya literatura rica sobre esto. (Vid Hans Smit, *DISSENTING OPINIONS IN ARBITRATION*, ICC Bulletin, vol 15, No. 1, Spring 2004, pg. 37). Tan solo mencionaré que la fuente de la diferencia deriva tanto de factores legítimos como ilegítimos. Los legítimos son las diferentes percepciones que los árbitros tienen sobre lo que es su deber como tales, aunado a diferencias culturales y jurídicas. Las ilegítimas son los deseos de 'agradecer' la designación a la parte que designó al árbitro en cuestión mediante un voto a su favor.

<sup>108</sup> Laurent Levy, *DISSENTING OPINIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION IN SWITZERLAND*, *Arbitration International*, 1989 – 1, pg. 35.

<sup>109</sup> Ya que al emitir la misma necesariamente se revelará el sentido de la votación de los demás, y posiblemente otros aspectos de las deliberaciones.

<sup>110</sup> *Sarl Arrigo et autres v. Benetier et autre*, Corte de Apelación de Bordeaux, 14 de enero de 1993, *Revue de L'Arbitrage*, 1993, pg. 683.

<sup>111</sup> Bruno Oppetit, *JUSTICE ÉTATIQUE ET JUSTICE ARBITRALE*, *Etudes Ofertes à Pierre Ballet*, pg. 425.

<sup>112</sup> Sigvard Jarvin, *Revue de L'Arbitrage*, 1995, pg. 125.

llegar al consenso. Y en la medida que se privilegia el mismo se propicia un resultado irónico: se le otorga más poder al que menos debe tenerlo: a la minoría.

La experiencia muestra que siempre que se ha requerido que un órgano opere por consenso se ha caído en alguno de dos resultados desafortunados: anquilosamiento u hostigamiento — de la mayoría por una minoría. Ya sea que se trate de un Consejo de Administración, una Asamblea de Accionistas, un Congreso o inclusive un país, la única manera de resolver la problemática inherente a las (variopintas) preferencias individuales de quienes componen un conjunto es mediante el principio de las mayorías.

La voluntad del órgano es, y tiene que ser, la de la mayoría de sus componentes. No puede ser de otra manera.<sup>113</sup> La postura en contrario hace que una minoría cobre poder sobre la mayoría. Y la observación se va haciendo gradualmente aplicable *in crescendo* en la medida en que se incrementan los umbrales de decisión del órgano en cuestión. De allí la (aguda) observación de un economista famoso,<sup>114</sup> Mancur Olson:<sup>115</sup>

Tratándose de grupos pequeños con intereses comunes, *¡existe una tendencia sistemática de que los grandes sean ‘explotados’ por los pequeños!*

[Where small groups with common interests are concerned, then *there is a systematic tendency for “exploitation” of the great by the small!*]  
(énfasis en original. Notas omitidas)

Por consiguiente, los árbitros deben (debemos) entender que nuestro deber ético como parte de un tribunal con respecto a la decisión que el mismo adopte es defender con toda nuestra convicción y energía la postura que consideramos es más apropiada. Pero emitido el voto, de estar en la minoría, debemos aceptar la resolución como la postura del órgano (aunque sea por mayoría). Después de todo, ello es lo que significó el que las partes hayan compuesto el tribunal arbitral en cuestión con los intelectos y perfiles de las personas que lo componen: que la voluntad *del órgano* sea el resultado de enfrentar y decantar las tres voluntades de *los árbitros*, atendiendo a su perfil.

Entendida así, la emisión de un voto particular en dichas circunstancias debe tildarse de un ejercicio adolescente de la facultad de votar, con una excepción: *que la decisión sea grave y totalmente errónea.*

---

<sup>113</sup> De allí que las decisiones de la mayoría obliguen tanto a los ausentes como a los disidentes.

<sup>114</sup> Mancur Olson, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION*, Public Goods and The Theory of Groups, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1965, pg. 29.

<sup>115</sup> Su teoría de los grupos sigue siendo tan vigente como cuando la creo, hace ya varias décadas. Su (extraordinaria) obra es recomendada para quienes desean entender, y no sólo repetir.

Los adjetivos son importantes. Una simple diferencia de opinión es insuficiente.<sup>116</sup> La postura adoptada por la mayoría del tribunal no sólo debe ser incorrecta, sino totalmente errada y debe tratarse de algo grave. El motivo es el (válido) deseo de un árbitro de querer distanciarse de una decisión inaceptable, que es abiertamente equivocada sobre un tema que no es trivial. Pero el umbral debe ser alto so pena de burlar el propósito.

Otras circunstancias que han motivado votos disidentes deben ser repudiadas. En una conferencia reciente un destacado practicante (Bernardo Cremades<sup>117</sup>) presumió que en toda su experiencia nunca había emitido una opinión disidente. Creo que el hecho es de presumirse. Después de todo, dichos votos arriesgan la validez del laudo. Citándolo “son como poner una bomba de tiempo al laudo”. Comparto (y aplaudo) su opinión.

#### 4.5. LA DELIBERACIÓN

La deliberación es el acto que da lugar al pronunciamiento de una decisión. Es el examen de consciencia y reflexión que propicia decidir algo.<sup>118</sup> Y ello es (citando a dos reconocidos expertos) un arte que requiere prudencia, habilidad y firmeza.<sup>119</sup>

Hay mucho que podría decirse sobre la deliberación. En este contexto deseo resaltar dos aspectos. Primero, la deliberación no exige colegialidad. Una deliberación no es una negociación. Si existe diferencia de opinión en un tribunal no debe negociarse con el disidente para obtener unanimidad.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> Una anécdota personal puede ser ilustrativa. En un caso complicado, mis (distinguidos) coárbitros adoptaron una postura sobre el fondo de la controversia que consideraba que era incorrecta. No porque la interpretación de la norma correspondiente no fuera posible, sino porque —siendo multívoca— no era la mejor. Dicho de otra manera, yo admitía que la interpretación adoptada era jurídicamente *posible* bajo las normas de hermenéutica jurídica, pero no era la *óptima*. Después de un debate intenso sobre ello, que se extendió a varias sesiones, para las cuales preparé una porción del laudo como sería redactado por mi (a efecto de que analizaran con detenimiento las premisas de mi conclusión y percibieran porqué consideraba que era superior a la de la mayoría) el voto fue emitido, y yo quedé del lado minoritario. Dada la intensidad del debate mis colegas supusieron que emitiría un voto disidente en base al texto que había circulado. Les indiqué que no lo haría. Al percatarme de su sorpresa, les expliqué mi opinión sobre cuándo debe ser emitida una opinión disidente, especificando que consideraba que este no era uno de esos casos.

<sup>117</sup> Conferencia sobre “El Buen Árbitro” ante el Comité de Arbitraje, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Noviembre de 2005.

<sup>118</sup> Yves Derains, *LA PRATIQUE DU DÉLIBÉRÉ ARBITRAL*, en *LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER, GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION*, ICC Publishing, 2005, pg. 233.

<sup>119</sup> J.-F. Poudret y S. Besson, *DROIT COMPARE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL*, Schulthess, 2002, pg. 693. Sus palabras fueron “La conduite du délibéré est un art qui requiert à la fois prudente, doigté et fermeté”.

<sup>120</sup> Derains, ob.cit., pg. 232.

Segundo, la obligación de deliberación no se limita a la emisión del laudo. Aplica a todo el procedimiento. Ello queda en evidencia si se toma en cuenta que el deber de dar un trato igualitario y debido proceso aplica al tribunal en su totalidad, no sólo al árbitro que presida, aunque sea éste quien habitualmente tenga más peso en cuestiones procesales. Sin embargo, debe tenerse en mente que las decisiones procesales tienen implicaciones importantes: impactan la oportunidad de las partes de hacer valer sus derechos ante el tribunal. Por consiguiente, la experiencia de todo el tribunal es no solo conveniente, sino importante.

#### 4.6. LA 'MAFIA' DE ÁRBITROS

Se ha dicho que existe una 'mafia' de árbitros que se designan entre ellos, a la cual es imposible entrar. La aseveración es posiblemente el resultado de la observación que son pocas personas las que son designadas. Deseo presentar al escéptico una explicación alternativa: ¿no será que, dado lo delicado de la labor de fungir como árbitro, las designaciones obedecen al deseo de los abogados de parte de contar con una persona que sepa lo que está haciendo y cuya solvencia moral sea reconocida?

Como lo dice Jan Paulsson con su habitual tino:<sup>121</sup>

Dada la importancia y delicadeza frecuente involucrada en arbitraje, existen buenas razones para apoyar el surgimiento y reconocimiento de una elite de árbitros internacionales. [...] El reconocimiento mutuo de sus miembros no refleja un sistema de quid pro quo, sino deriva de la confianza de los participantes en el proceso.

Cualquiera que reúna los requisitos para ser árbitro es bienvenido. De hecho, existe una importante demanda de los mismos dado el (creciente) déficit ante el (exponencial) crecimiento de asuntos.

## 5. COMENTARIOS FINALES

Martha Nussbaum, una gran jurista y filósofa de la Universidad de Chicago y autora de *Upheavals of Thought*,<sup>122</sup> cuenta cómo encontró la solución a un problema ético que la acosaba: el influir. Se percataba que ejercía una enorme influencia sobre personas diversas, incluyendo alumnos. ¿Y quién era ella para influir? ¿Qué sucede si las ideas que postulaba eran erróneas?

---

<sup>121</sup> Jan Paulsson, *ETHICS, ELITISM, ELIGIBILITY*, *Journal of International Arbitration*, 14:4, 1997, pg. 19. Sus palabras son "Given the high stakes and great sensitivities frequently involved in arbitration, there seems to be a good case for supporting the emergence and recognition of an elite corps of international arbitrators. [...] The mutual recognition of its members does not reflect an unsavoury system of quid pro quo, rather it builds the confidence of all participants in the process".

<sup>122</sup> Una interesante obra sobre el (importante) papel de los sentimientos en el quehacer humano.

Fue nada más y nada menos que el gran filósofo John Rawls quien, frente a un café rancio en un insípido bar de hamburguesas,<sup>123</sup> le dijo las siguientes (tranquilizantes) palabras:<sup>124</sup>

“Si puedes influir, *¡debes!*”.

El Dr. Rodolfo Cruz Miramontes ha sido una influencia positiva en mi vida, tanto profesional como personal. Deseo reconocerlo y agradecer el que haya seguido dicho (agudo) consejo, pues yo me enriquecí de su sabiduría y elegancia profesional.

---

<sup>123</sup> “Scruffy burger bar” fueron las palabras que lo describían.

<sup>124</sup> Sus palabras exactas fueron: “If you can influence people, you have a duty to do that.”