

REFLEXIONES SOBRE LA REBELDÍA EN ARBITRAJE

Francisco González de Cossío*

La contumacia en arbitraje suscita dilemas interesantes. A continuación comparto reflexiones suscitadas por una trilogía de casos en los que ocurrió y donde fungí como árbitro (en dos como árbitro único).

A. YERRO INFRECUENTE

Lo primero a hacer notar es que la rebeldía es infrecuente. Ello posiblemente se explique porque la *ausencia de voluntad* implícita en la rebeldía suele ser contraria a la naturaleza *voluntaria* del arbitraje.

Otro motivo puede ser las consecuencias: estratégicamente, no hay nada peor que faltar al deber de participar en un proceso. Se pierde la oportunidad de contribuir a la formación de opinión del juzgador. Ello incrementa la posibilidad de un fallo en contra o de error. *En contra* pues se desconocerá la versión de los hechos de una de las partes. *De error* por el simple hecho que *errare humanum est*. Y siendo que los recursos disponibles para atacar un fallo incorrecto son de poca efectividad dada la finalidad del arbitraje, las partes deben —y suelen— pensar dos veces antes de adoptar la postura procesal de contumacia.

Pero cualquiera que sea el motivo, la experiencia enseña que la rebeldía ocurre – lo cual justifica tener en mente ciertas precauciones.

B. CARGA DE LA PRUEBA

La sola rebeldía de *una* de las partes no exime a *las* partes de cumplir con su carga de la prueba. La aseveración corta de ambos lados: *actor incumbit probatio* no sólo significa que el demandante debe presentar todos los elementos de su *acción*, sino también que el demandado tiene la carga de la prueba de presentar sus *objeciones, defensas y excepciones*.

El corolario de lo anterior es que la ausencia de una de las partes no implica *per se* que el laudo automáticamente será a favor de la parte que sí comparece. Pero tampoco significa que la parte que no comparece merecerá trato especial. Después de

* Árbitro. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

todo, habrá incumplido su deber de litigar de buena fe – incluyendo el deber de cumplir con el efecto positivo del acuerdo arbitral: arbitrar.

Aceptado lo anterior, surge un dilema delicado e interesante cuando, ante la rebeldía de la demandada, la pretensión del actor es imperfecta. Por ejemplo:

- Si no se observa el calendario procesal (v.gr., no se presenta un escrito).
- No se presentan argumentos apropiados o exhaustivos.
- Las pruebas ofrecidas son cuestionables, o discutibles en su sentido probatorio.

Entre otros. La flaqueza de un actor puede ostentar varias caras. Pero la constante que deseo permear es *¿quid iuris?* ¿Cómo se conjuga ello ante la postura procesal adoptada por la parte que decidió no comparecer?

Diferentes mentes toman posturas distintas ante dicho escenario. Mientras que algunos consideran que existe un mínimo que el actor debe satisfacer para que su acción prospere, otros consideran que lo que procede es comparar la acción con la excepción, y decidir con base en el expediente a quién asiste el Derecho. Algo así como un análisis de balanceo. Lo que pese más ganará – una aproximación consistente con el estándar probatorio estadounidense: “*preponderance of the evidence*”. Si el éxito en un caso debe ir a quien ha presentado el caso en forma “preponderante”, el que exista un yerro en la acción no le resta *preponderancia* cuando cotejado con la negativa *tabula rasa* del contumaz.

Ésta visión ha atraído crítica: hay quien considera que desdice el principio que la sola ausencia de una parte no es suficiente para que prospere la otra. Pero a su vez esta crítica no carece de detractores. Hay quien considera que tomar la postura contraria sería ‘hacerle la tarea’ a la parte que faltó al deber de apersonarse en el proceso.

Y de entre las posturas presentadas, existen variantes. Desde quienes consideran que no existe *una* regla para manejar el dilema (por lo que el árbitro debe ejercer discernimiento caso por caso), hasta quienes admiten matices atendiendo a la gravedad del yerro visible en la pretensión. (No será lo mismo ser omiso en un elemento nuclear de la acción, que en un aspecto secundario.)

Cualquiera que sea la postura que tome el lector, le pregunto: ¿es distinta su respuesta cuando la cuestión a decidir versa sobre fondo que sobre jurisdicción?

C. RETOS

El impacto en el proceso de la rebeldía de una de las partes puede ser serio. Puede *complicar*, a veces *desequilibrar*. Lo que no puede hacer es *restar*.

Complica el proceso de toma de decisión pues *ex hypothesi* falta una de las versiones de lo acontecido, lo cual hace nacer la preocupación en la mente de todo juzgador imparcial de tomar una decisión *incorrecta* por el simple hecho que se le ha privado de toda la información que podría ser relevante.

Puede *desequilibrar* pues la presentación por una parte de *su* visión (incluyendo argumentos y pruebas, con el giro deseado) sin que exista la versión de la otra parte es no solo subóptimo, sino que va en sentido contrario a lo que se prefiere que sea un proceso ‘debido’.

Sin embargo, lo que no debe hacer es *restar* validez al proceso. Por ese solo motivo, el proceso no deja de ser un “proceso”. Un acto jurídico cuyo resultado vincula, con efectos jurídicos, haciendo nacer o extinguir derechos u obligaciones en el patrimonio de las partes involucradas en el mismo. Para que ello ocurriera, tendría que caerse en algunos de los pecados capitales contenidos en los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio. Mientras ello no ocurra, *per se*, la contumacia no resta efectos al acto jurídico procesal.

Pero además, existe un motivo importante para no cuestionar la validez del proceso (o su resultado) por virtud de la contumacia: hacerlo pondría en bandeja de plata a toda parte recalcitrante una táctica efectiva para librarse del cumplimiento de obligaciones – algo lamentable desde la perspectiva de Estado de Derecho.

D. PRECAUCIONES

Propongo las siguientes precauciones dirigidas al árbitro y al juez que ventile la validez del laudo (sea en juicio de nulidad o en ejecución).

1. Al árbitro: ante el reto propiciado por un proceso en rebeldía, el árbitro no debe perder de vista su objetivo: emitir un laudo válido y ejecutable. Para ello, el árbitro debe usar su arsenal de facultades en forma cauta, pero asertiva. Sus facultades no varían ante la contumacia: el árbitro no se *reduce* —pero tampoco se *crece*— en sus facultades cuando ante un proceso contumaz.

Siendo que falta la versión de una de las partes, es natural que el árbitro desee indagar con miras a procurar decidir bien. Aunque conforme al derecho arbitral el árbitro tiene facultades para indagar, al hacerlo debe proceder con cautela. Debe procurar no suplir la deficiencia de una de las partes. ¿Cuál? ¡*La que sea!* Ambas partes siguen vinculadas por el deber de sustanciar sus

acciones y excepciones. Si una falta, siguiendo las normas de la carga de la prueba, su acción o excepción sufrirá.

2. Al juzgador: El estándar contenido en los artículos 1457(I)(b) y 1462(I)(b), *in fine*, del Código de Comercio no varía cuando ante contumacia.¹ Los alcances de la oportunidad para hacer valer derechos no mudan por la rebeldía de una parte. La obligación contenida en el artículo 1434 del Código de Comercio de dar oportunidad de hacer valer sus derechos se satisface con *dar una oportunidad*. Dada la oportunidad, si no es aprovechada por una parte, el derecho procesal caduca.² Y ello no le resta validez al proceso y fallo que éste arroje.

Me interesaría conocer la opinión de colegas expertos.

¹ Así como artículo V(1)(b) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y Artículo 5(1)(b) de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

² Que encuentra su símil arbitral en el artículo 1420 del Código de Comercio.