

# Hanky-panky en arbitraje\*

Francisco González de Cossío

RDP

## 1. Introducción

La definición de *hanky-panky* del diccionario Webster es: “questionable or underhanded activity”; es decir, conducta cuestionable, deshonesto y furtiva.

Aunque excepcional, se observa *hanky-panky* en arbitraje. Ello no es noticia para nadie, pasa en todas las esferas del actuar humano, pero no es mi deseo desperdiciar el tiempo y la atención del lector con anécdotas que, fuera de satisfacer el morbo, no sirven de nada; lo que me propongo es preguntarnos qué debemos hacer al respecto. ¿Cómo aproximar conducta cuestionable? ¿Qué debe tener en mente un árbitro para diseñar una respuesta ante un actuar incorrecto que no sólo atienda, sino que resuelva, la crisis que enfrenta de manera que obedezca a un valor basado en un principio?

Entonces, sugiero filosofar. Propongo que exploremos los comunes denominadores que existen detrás de las conductas reprochables, a efecto de determinar qué valores están o deben estar implícitos en nuestra forma de actuar y aproximar retos.

### A. Conducta en cuestión

La conducta que tengo en mente es diversa. A continuación cito algunos ejemplos, catalogados atendiendo a su seriedad:

---

\* Esta nota se basa en la conferencia impartida por el autor en la *Conferencia de Arbitraje Internacional de Quito*, Ecuador, el 9 y 10 de marzo de 2017.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

- No muy seria: adjetivos, insultos y agresión, a veces hasta denostación, escritos obscenos y medidas precautorias innecesarias.
- Seria: demandas frívolas, medidas precautorias obstructivas, intercambio documental invasivo e innecesario (del género que encarece innecesariamente, a veces en forma importante), demandas paralelas y reconveniones elevadas en regímenes *ad valorem* (incrementando innecesariamente la onerosidad del asunto con miras a dejar al demandante sin posibilidad de cubrir en anticipo de costos).
- Muy seria: *anti-suit injunctions*, pruebas falsas, denuncias penales y hostigamiento de árbitros.

La conducta descrita es diversa, y la respuesta visible en la *praxis* lo es aún más, por lo que observo que no existe un parámetro generalmente aceptado para abordarla.

### B. *Importancia del tema*

El tema del que me propongo hablar es uno que, aunque no debería, ha recibido poca atención, puesto que sus implicaciones pueden ser enormes, y su manejo, percibo, es casuista.

Los hombres de negocios ponen atención a cómo manejar las crisis. El motivo: la experiencia enseña que cuando uno está dentro de la crisis, se consume por ella misma —intelectual y emocionalmente—. Entonces, el momento idóneo de hablar sobre cómo manejar una crisis es *antes* de la crisis, con miras a establecer —con la mente fría— pautas a seguir ante ella que procuren evitar errores.

Nuestra materia no está exenta de crisis. En cambio, sí de una forma ponderada y articulada de resolverlas. Para explicar por qué, pensemos en unos ejemplos:

- En un caso, un presidente de un tribunal arbitral me propuso renunciar ante una medida precautoria que nos prohibía emitir un laudo. Lo convencí de no hacerlo; hacerlo sería darle a la parte que incurrió en *hanky-panky* justamente lo que deseaba: irrumpir el proceso.

- En otro caso, un presidente de un tribunal en que yo era coárbitro me habló furioso al percatarse (dados “síntomas” visibles en la conducta de una de las partes) de que el otro coárbitro estaba sosteniendo comunicados *ex parte*. Le hice ver que era un problema serio, pero de fácil solución, misma que implementamos.
- En un caso que presidí tuvimos muchas deliberaciones sobre cómo manejar la existencia de pruebas que, unánimemente, habíamos concluido que eran falsas. Ello incluyó no sólo el impacto que tuvo en la determinación de hechos, sino también si debíamos decirlo (dada la gravedad de la determinación).
- Dos colegas y yo fuimos hostigados como resultado de un laudo que emitimos, lo que incluyó demandas judiciales y presión gremial, a la par de un juicio de nulidad del laudo en el cual se aseveraron cosas falsas tanto del proceso como del manejo del mismo.

Los ejemplos abundan y los anteriores no son citados para *agotar*, sino para *contextualizar*, pero sobre todo, para *centrar*: la respuesta a crisis como éstas suele variar atendiendo a las preferencias, experiencia y temperamento del consultado. Lo que falta es una teoría sobre cómo confrontarlas.

### C. Advertencia: filosofía práctica

Cuando uno anuncia que teorizará o que filosofará las mentes prácticas se preocupan. Les inquieta que su tiempo y atención vayan a ser consumidos en disquisiciones abstractas carentes de utilidad. Pero como advertía el psicólogo Kurt Lewin: “no hay nada más práctico que una buena teoría”.

La teoría interpreta hechos; se crea en contacto con ellos y puede anticipar otros que todavía no se conocen o no han ocurrido. Una buena teoría detecta causas y predice efectos. La teoría debe articularse con la práctica, porque es tan mala una teoría sin relación con la práctica como una práctica sin teoría. Entonces, hagamos *teoría* que guíe nuestra *praxis*.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

## 2. Filosofando, pragmáticamente

### A. Filosofía y axiología

La duda que planteo no es cualquier duda, es del género que pertenece a la filosofía. “Filosofar” es la reflexión metódica que articula conocimiento, es el razonamiento sobre un tema trascendental. El género de la filosofía incluye la especie axiología, que estudia la esencia de los valores. El motivo: exige discernir y escudriñar lo que ocurre debajo de la superficie de la realidad, a efecto de determinar cómo debe guiar. No hacerlo nos asemejaría a un barco sin quilla, o peor aún, nos llevaría a la ley de la selva.

### B. Factores que complican

El manejo de una conducta incorrecta (*hanky-panky*) siempre es difícil. El motivo: desagrada, incomoda, implica tener que tomar medidas que preferiríamos evitar. Ello es cierto siempre, en todas las materias, pero se complica en la nuestra dada la existencia de ciertos factores, como lo son:

1. El árbitro carece de medidas de apremio.
2. El árbitro debe generar demanda (como prestador de servicios que es).
3. El árbitro es un especialista neutral invitado a resolver un problema. Todo su actuar debe reflejar su neutralidad (imparcialidad, en argot arbitral).

Estos factores deben tenerse en cuenta, pues explican mucho. Sobre todo, deben considerarse con miras a estar seguro de que se comprende el problema que se busca comentar.

### C. Valores

¿Qué valores deben tenerse en mente en nuestra materia al momento de atender una conducta cuestionable? Sin ánimo de ser exhaustivo, propondría tres que deben guiar esta reflexión:

1. El arbitraje debe servir. Tiene que cumplir la promesa implícita en su elección, que dará un valor distinto, mejor, que la opción —litigio—.
2. El arbitraje debe ser limpio, y parecerlo. Es decir, no sólo debe *ser*, sino *ostentar*.
3. No incentivar. La conducta indebida no debe ser fomentada.

Estos valores no son los únicos valores relevantes, hay más —y su enunciación es bienvenida—, pero son los que someto a la consideración del lector que deben ser tenidos en mente, con la finalidad de establecer una forma de actuar al enfrentar una crisis en un proceso arbitral.

### 3. Propuesta: una aproximación in crescendo

Propongo una respuesta a la crisis —*hanky-panky*— que *in crescendo* frente a una conducta incorrecta:

- Qué hacer (§a).
- Qué no hacer (§b).
- Comentario sobre casos que no admiten generalización (§c).

#### A. *Qué hacer*

Las formas *específicas* de abordar un problema son muchas, pero propongo analizarlas genéricamente en 1) ser “relativamente obstinados”, 2) hablar derecho, y 3) hacer un empleo ponderado y asertivo de las costas.

#### a. Obstinación relativa

Uno debe ser “relativamente” obstinado; es decir, su respuesta y su asertividad deben depender de la gravedad del acontecimiento enfrentado, visto axiológica y utilitariamente. ¿Qué tan grave es? ¿Qué consecuencias tiene?

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

A conducta leve, respuesta leve. A conducta seria, respuesta seria. Y las situaciones intermedias deben recibir una asertividad intermedia; gradual.

### b. Hablar derecho

Llamemos las cosas por su nombre, si hay conducta incorrecta, decirlo. La tibieza es caldo de cultivo de una conducta incorrecta. La franqueza, lo contrario.

Dar este paso en la materia es difícil por los motivos que expliqué con anterioridad (los factores que complican). Y se me ha hecho ver que no siempre son necesarios: mucha de la conducta incorrecta está autocontenida. Ante ello, ¿para que tomar medidas que sólo exacerbarán?

Coincido con la apreciación, pero cuestiono su generalidad. Aunque muchas conductas no merecen la atención, otras sí. Hacer un apercibimiento (un “*admonishment*”) puede ser extremadamente útil para que las partes respeten el proceso.

### c. Costas

Es impresionante lo lacónicos que son la mayoría de los fallos respecto de la cuestión de costas. La distribución de costas (incluyendo gastos legales) debe obedecer a un principio, y dicho principio debe, por lo menos, a) tomar en cuenta la conducta de las partes durante el proceso, y b) considerar los incentivos que genera. No hacerlo tiene por efecto *castigar* al que se conduce correctamente e *incentivar* la conducta incorrecta. Me explico:

- a. *Conducta*: ante una conducta incorrecta, la proporción de la cuenta debe ser superior. El motivo: ésta suele encarecer. Y es injusto que si una de las partes encarece el proceso ambas paguen lo mismo.
- b. *Incentivos*: cuando no se atribuyen las consecuencias de una conducta a quien las genera, se incentiva que las siga generando. El motivo puede hacer las veces de un subsidio: una conducta que impone costos *en ambas partes* será realizada *in crescendo* cuando a quien la hace no se le pasa la cuenta. Y como todos

sabemos, entre menos cuesta algo, más se consume. Así sucede con la conducta indebida.

El efecto compuesto que lo anterior tiene es lamentable: quien se “porta bien” no ve los beneficios de su buena conducta; en cambio, quien se porta mal, sí. Ante ello, la psicología natural (restando ética) de muchos es incurrir en conductas lamentables. Y lo anterior porque se toleró. Toleremos menos para respetar más. Y usemos las costas para ello.

### B. Pasos a evitar

Los pasos que propongo sean descartados *a priori* son los siguientes:

- a) Dejar de conocer: existe una corriente de opinión que aduce que ante la ilegalidad se pierde el derecho a usar la maquinaria jurídica para hacer valer derechos. Someto a la consideración del lector que ello no es la mejor visión, pues es innecesaria, propicia el *non liquet* y lejos de ayudar a resolver un problema, favorece el deterioro.
- b) Dejarse espantar: muchos incurren en aseveraciones serias con miras a generar escarnio. Como dicen los ingleses: *throw mud, it may stick*. Propongo no dejarse sorprender fácilmente, y cuidar que ello no afecte su forma de aproximar el caso.
- c) *Split the baby* o contaminar. Diluir unas determinaciones por condena en otras. Cada pretensión debe analizarse aisladamente, con base en la verdad del expediente.

Estos pasos siempre son yerros, además de que complican. Deben, por ende, evitarse.

### C. Casos difíciles: de pasividad a proactividad

¿Cuándo se justifica ser proactivo y no sólo reactivo? Pasar de la pasividad a la proactividad. Tengo en mente dos situaciones:

1. Demandas judiciales contra árbitros.
2. Defensa judicial del proceso *por* el árbitro.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

Los dos pasos anteriores exigen que el árbitro tome una decisión difícil: quedarse pasivo o ser proactivo en el caso. Ambos casos tienen ventajas y desventajas.

Comencemos con las desventajas. La decisión de participar en el proceso debe suscitar preocupación, pues bien puede hacer nacer el argumento de que por el solo hecho de “litigar en contra el árbitro” ha perdido su imparcialidad.

La aseveración no es clara, sin embargo, estoy seguro de que algunos dirán que depende de cómo se haya litigado (agresiva o fríamente). Pero no me extrañaría que haya quien considere que el simple hecho de ser contrario en un proceso genera rivalidad, lo que puede restar imparcialidad. ¿Qué respuesta merece del lector?

Parecería que ello milita en contra de litigar, pero posiblemente valga la pena considerar las circunstancias. Dos ejemplos pueden ilustrar:

- Ejemplo 1: pensemos en un proceso de nulidad donde las partes discuten la existencia de la causal de nulidad de arbitrabilidad (artículo 1457, II, del Código de Comercio).
- Ejemplo 2: un juicio de nulidad donde se discute la causal de igualdad y debido proceso. En dicho proceso se observa que una de las partes asevera verdades a medias, cosas falsas o atribuyen un actuar incorrecto al tribunal arbitral con miras a propiciar una determinación incorrecta sobre ausencia de “debido proceso” (artículo 1457, I. b, del Código de Comercio).

Propondría que en el primer caso el árbitro no debe hacer nada, pero en el segundo es posible que sí. En este caso, puede ser conveniente reconsiderar la postura pasiva. De hecho, dependiendo de la seriedad de las aseveraciones falsas, puede ser intolerable para el árbitro observar cómo intentan ensuciar su nombre (y no faltará quien considere que, ante cuestionamientos de principio, es necesario actuar).

Pero, con franqueza, es posible que la realidad nuble la distinción, y, por ende, la conclusión. Piénsese, por ejemplo, en ambos casos, pero con un dato adicional: la defensa es subóptima. Los abogados que participan en el caso muestran falta de destreza argumentativa o procesal sobre los puntos en discusión. ¿Cambia la respuesta?

En principio, la distinción parecería de grado, no de principio, por lo que parecería que la respuesta no debe variar.

Lo que en este contexto deseo transmitir es una advertencia: bien puede ser que la demanda al árbitro tenga como verdadera estrategia ser una trampa. Que las aseveraciones falsas, incluyendo la atribución de conducta indebida, tenga por objeto que el árbitro muerda el anzuelo y pueda ser eliminado vía una recusación.

Claro, el que lo anterior sea cierto no puede generalizarse. Sin embargo, el árbitro debe tenerlo en mente al momento de diseñar su estrategia.

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año IV, núm. 12, julio-diciembre 2017