

# ***Jurisprudencia extranjera***

## ***Estados Unidos***

### ***Cuando los costos del arbitraje son prohibitivos***

#### ***Reflexiones en torno a American Express v. Italian Colors Restaurant***

Hernany VEYTIA \*

*Sumario:* I. Introducción. II. Hechos que dieron lugar a la controversia entre las partes. III. Punto controvertido. IV. Argumentación de la decisión de la mayoría. V. El juez Antonin Scalia. VI. Opinión concurrente de J. Thomas. VII. Opinión disidente del juez Kagan apoyada por los jueces Ginsburg y Breyer. VIII. Conclusión.

#### **I. Introducción**

El tan famoso como conservador juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos Antonin Scalia nos ha sorprendido con la sentencia del caso *American Express v. Italian Colors Restaurant et al*<sup>1</sup> afirmando que los jueces deben remitir a las partes al arbitraje aunque el monto de la controversia sea prohibitivamente caro y/o afecten derechos protegidos por leyes de competencia económica. Este escrito invita una vez más a redactar adecuadamente la cláusula arbitral, para evitar largos y costosos litigios, particularmente si el contrato presenta puntos de contacto con los Estados Unidos. Dada la reciente sentencia de la Corte de los Estados Unidos, se recomienda claramente negociar si las partes renuncian o no a acciones colectivas, incluyendo si se pueden ceder los derechos litigiosos y si se acepta o no la consolidación con otros procedimientos.

#### **II. Hechos que dieron lugar a la controversia entre las partes**

*Italian Colors* es uno de tantos comerciantes de los Estados Unidos, que aceptan la tarjeta de crédito American Express. Las cláusulas del contrato de adhesión incluían la posibilidad de que American Express hiciera cargos

---

\* Abogado y árbitro internacional con sede en Londres. Directora del Centro de Estudios Sustentables BNM–Cambridge de Finanzas Corporativas. Se agradecen comentarios al presente escrito al correo electrónico hernanyveytia@yahoo.com

<sup>1</sup> 570 U. S. (2013) disponible en el sitio [http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-133\\_19m1.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-133_19m1.pdf)

excesivos y permitía la compensación de créditos con deudas de los comerciantes así como vincular la prestación de unos servicios a la utilización de otros. En la cláusula de solución de controversias las partes se sometieron al arbitraje y pactaron una renuncia a ejercitar acciones colectivas (*class actions*). Por si fuera poco, el contrato también incluía una cláusula de confidencialidad que impedía hacer saber los términos contractuales a terceros, por lo que acudir a una acción conjunta o colectiva implicaría la violación a lo pactado.

Dado el elevado costo de honorarios de peritos, en opinión de Italian Colors, este tipo de cláusulas creaba *de facto* una inmunidad para American Express, ya que no le podrían demandar por violaciones a las leyes de competencia económica<sup>2</sup> *Sherman Antitrust Act (1890) and Clayton Act (1914)*<sup>3</sup>. Además si cualquier restaurante quisiera iniciar primero un procedimiento arbitral, para cuando se emitiera el laudo ya hubiera prescrito la acción para demandar por la vía jurisdiccional la conducta anticompetitiva de American Express. Por su parte, American Express insistió en que el contrato debería cumplirse en todas sus cláusulas, que de hecho el arbitraje bilateral ofrece la ventaja de ser más barato y frecuentemente más breve que un proceso judicial y al tener que pagar ambas partes por los servicios, esto reducía el riesgo de demandas frívolas o vengativas.

### III. Punto controvertido

Si el haber incluido en la cláusula del contrato de adhesión una renuncia a ejercer acciones colectivas obliga a las partes a someterse a un procedimiento de arbitraje bilateral cuyos gastos resulten superiores al monto controvertido.

La Suprema Corte de los Estados Unidos revirtió la sentencia del Tribunal de apelaciones del segundo circuito, que había decidido que no se podría exigir el cumplimiento de la cláusula arbitral como fue redactada, porque la renuncia de no proceder en acción colectiva hacía nugatoria la posibilidad de presentar individualmente una demanda por violaciones a la ley antimonopolios.

### IV. Argumentación de la decisión de la mayoría

Este caso fue decidido en una votación de 5 (incluyendo un voto concurrente) contra 3.

En opinión de la mayoría: ninguna ley impone el deber de cumplirse a cualquier precio “[N]o legislation pursues its purposes at all costs.” En nin-

---

<sup>2</sup> El manual de referencia sobre competencia económica de los Estados Unidos actualizado a julio 2013 puede verse en <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf>

<sup>3</sup> En Estados Unidos, como en muchos otros países, se prohíbe aprovecharse de la posición predominante en el mercado para atar la prestación de servicios o venta de bienes a que la contraparte adquiera otros.

gún lugar consta un derecho a que la aplicación de las leyes sea barata. La opinión de la mayoría consideró que históricamente no podría pensarse que la Ley antimonopolios (*Sherman Act*) prohibiera o permitiera las acciones colectivas, porque en la fecha en que esta fue promulgada aun no existía la posibilidad de acudir a las acciones colectivas. De hecho estas últimas fueron incorporadas al sistema de justicia norteamericano por medio del Código de Procedimientos Civiles (*Federal Rule of Civil Procedure* de 1937<sup>4</sup>).

Se confirma que no se puede transformar la voluntad de someterse a un arbitraje bilateral en un arbitraje colectivo porque de permitirlo se sacrificaría la ventaja principal del arbitraje que es su informalidad. Un arbitraje colectivo es más lento, costoso y muy posiblemente conducirá a complicar el proceso arbitral (el juez Scalia gusta de utilizar vocablos muy gráficos para sus expresiones jurídicas, la traducción literal sería “enfangar” el proceso). La corte rechazó el argumento de que sin la posibilidad de acudir a un arbitraje colectivo necesariamente se haría nugatorio el acceso a la justicia, (en el particular estilo del juez Scalia, rechazó que el actor se resbalaría (slip) del sistema legal).

Como puede verse, nuevamente la Suprema Corte de los Estados Unidos adoptó el principio ampliamente conocido en países de tradición romanista como *pacta sunt servanda*. En casos anteriores, la Suprema Corte de los Estados Unidos había siempre optado en favor del arbitraje y haciendo cumplir todas las cláusulas arbitrales. Se cita el caso de *Oxford Health Plans v Sutter*<sup>5</sup>, donde el médico Sutter que había celebrado un contrato para proporcionar servicios médicos no había sido pagado por Oxford Health Plans, el demandante acudió al arbitraje pero invitó a sumarse al procedimiento a todos aquellos a quienes la demandada no había pagado por los servicios prestados. El tribunal arbitral se ocupó del caso multipartes emitiendo un laudo condenando a Oxford Health Plans, y esta solicitó la nulidad del laudo diciendo que el tribunal se había excedido en sus facultades y además se trataba de un laudo *supra petito*, pero la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en marzo 2013 confirmó que ante el silencio de la cláusula arbitral en que no se prohibía al demandante sumarse o iniciar arbitrajes colectivos confirmó la validez del laudo.

Por otra parte, en el caso *Stolt–Nielsen S.A. v. Animal–Feeds Int’l*<sup>6</sup> la Suprema Corte había decidido que a nadie se le puede imponer un arbitraje colectivo si no había consentido a ello. Ya que un arbitraje colectivo es inconsistente con la ley federal de arbitraje (Federal Arbitration Act), art 10(a) (4).

---

<sup>4</sup> El código con las últimas reformas de 2010 incluyendo una nota histórica esta disponible en el sitio <http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/civil%20procedure.pdf>. Recomendamos especialmente una detenida lectura a la Regla 23 que se refiere a las *class actions*.

<sup>5</sup> 133 S. Ct 2064, 2068 (2013)

<sup>6</sup> 130 S. Ct at 1766

Finalmente la decisión de la mayoría cita el caso de *AT&T Mobility, LLC v. Concepcion*<sup>7</sup> donde se sostuvo que la renuncia a arbitrajes colectivos (“class arbitration”) es válida y por lo tanto se puede exigir su cumplimiento, aún a costa de sacrificar ventajas del arbitraje como son su informalidad, celeridad y finalidad.

Ahora en *American Express v. Italian Colors Restaurant*, la Corte de los Estados Unidos ha enfatizado el poder (y la responsabilidad) que gozan las partes para ejercer su propia libertad contractual para decidir con no más límite que el orden público, si optan por litigios ante tribunales o el arbitraje. Las partes son libres de escoger el qué, como, cuando, donde, arbitrar, incluso pueden elegir si prefieren un arbitraje *ad-hoc* o institucional, pero una vez optado por el medio de solución de controversias, aunque prohibitivamente caro ya no se puede modificar lo pactado. Siempre se habla de “consenso” no coerción en arbitraje<sup>8</sup>.

American Express antes de aceptar lo argumentado por los comerciantes, argumentó la falta de jurisdicción del tribunal, porque todos y cada uno de los contratos contenían una cláusula que señalaba que toda controversia derivada del contrato debería ser resuelta mediante arbitraje y que las partes aceptaban no interponer una acción colectiva (*class action*). En otras palabras, American Express exigía que el juez remitiera cada una de las partes a un arbitraje individual y no colectivo.

## V. El juez Antonin Scalia

Como hemos señalado, el ponente en este caso es el juez Antonin Scalia<sup>9</sup> quien se caracteriza por redactar sus sentencias con un estilo claro, directo, pasional y lógico. Sus comentaristas han dicho que ni el romano Catón hubiera sido más inflexible en sus puntos de vista particularmente cuando se trata de temas relacionados con integridad y el honor. Un juez sumamente

---

<sup>7</sup> 563 U. S. (2011) disponible en el sitio <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf>

<sup>8</sup> Volt 498 US at 479 (*Arbitrating ... is a matter of consent, not coercion*)

<sup>9</sup> Son muy abundantes las publicaciones de y sobre el juez Scalia, a manera ejemplificativa: R. Brisbin, *Justice Antonin Scalia and the conservative revival*. Baltimore-London, John Hopkins University Press. 1997; J. Staab, *The political thought of Justice Scalia, a Hamiltonian in the Supreme Court*. USA Rowman & Littlefield, 2006. . Paul. I. Weizer, *The Opinions of Justice Antonin Scalia: The Caustic Conservative* ; Antonin Scalia & W. Woody, *Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice (Unabridged)*, USA 2012, Antonin Scalia & B. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. West Publishing Company, College & School Division, USA 2012; A. Scalia & A. Garner, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, A. Scalia & B Garner, *Reading Law, The University Center for Human Values Series*; Scalia & Garner, *Making your case*, St. Paul, Minn. : Thomson/West, c2008. R. Rossu, *Antonin Scalia's Jurisprudence*. Kansas 2006; C. Smith, *Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's conservatism*. Westport, Connecticut, Praeger 1993; A. Rossum, in *Re Antonin Scalia en Perspectives on Political Science*. vol. 28; NUMBER 1, 1999, 22-28 - Heldref Publications, - 1999; ABA, *Antonin Scalia bites back*, Journal. Vol 83; No. 1 1997, 86 American Bar Association, 1997; Talbot, *Supreme Confidence Justice Antonin Scalia's opinion*. The New Yorker 28-MAR-2005, ; 2005, 40-55 New Yorker Magazine, 2005

coherente entre lo que escribe y como vive: católico, hijo de inmigrantes italianos y padre de nueve hijos, todos ellos educados en lo que ahora se denomina una familia tradicional. En sus sentencias suele ser sumamente crítico con el abuso del uso de peritos, con querer que el juez se arrogue funciones de legislador, en insistir que la función de las dependencias del poder ejecutivo requieren de ciertas facultades discrecionales para poder operar con la flexibilidad que requieren los nuevos tiempos. Existen problemas en el ámbito de telecomunicaciones, finanzas o transporte que admiten diversas soluciones, pero no toca al juez, sino al político decidir las. Esto se realiza no mediante un proceso judicial, sino mediante un proceso electoral democrático, donde se hacen valer las preferencias sociales. El juez Scalia se opone a lo que sus homólogos en la Corte americana han llamado "Constitución viva"; en todas las sentencias del juez Scalia la ley debe cumplirse textualmente, incluso en muchas de ellas acude a las definiciones del Webster dictionary (no es el caso de la sentencia que nos ocupa).

#### **VI. Opinión Concurrente de J. Thomas**

La ley de arbitraje americana (FAA) exige que el acuerdo arbitral se cumpla, a menos que se objete la formación del pacto arbitral, como podría ser por vicios en el consentimiento tales como el fraude o la violencia. Sin embargo llama la atención de que la opinión de la mayoría puede conducir a graves excesos por ejemplo:

- i) La cláusula arbitral podría contravenir una norma de orden público, como sería las normas de competencia económicas.
- ii) Se limita la posibilidad del juez para invalidar acuerdos que lleven a hacer nugatorio de hecho leyes federales.

Ninguno de los argumentos de *Italian Colors* se refiere al hecho de si el contrato fue válidamente celebrado. *Italian Colors* voluntariamente celebró un contrato con obligaciones que ahora no pueden excusarse simplemente porque sean económicamente inviables.

#### **VII. Opinión disidente del juez kagan apoyada por los jueces Ginsburg y Breyer (la Juez Sotomayor no participó de esta discusión).**

*Italian Colors* quiere impugnar una disposición ilegal, impuesta en un contrato de adhesión, pero es precisamente una cláusula arbitral la que le prohíbe el acceso a la justicia. Los costos de los consultores necesarios para comprobar prácticas antimonopólicas son considerablemente mayores al monto que podría solicitarse en un solo arbitraje bilateral. Si existió o no abuso de la posición predominante de *American Express* de hecho no puede ser demandada y no puede impartirse justicia. Es sabido que los monopolios imponen sus contratos, dejando a sus víctimas sin acceso a recursos legales. Es papel de la Corte rechazar la ejecución de cláusulas que eximen de culpa,

no se puede sustraer una empresa de su responsabilidad de cumplir con las leyes de competencia económica (antitrust). Sin acceso a acciones colectivas, los comerciantes podrían presentar demandas antimonopolios con base en la Sherman y Clayton Act.

Sin la intervención de la Corte los monopolios continuarán imponiendo contratos de adhesión eliminando la posibilidad de ser demandados; esto podría llegar al absurdo, por ejemplo de que en el contrato se impongan modalidades irracionales, como sería por ejemplo el caso de que se limitara la posibilidad de presentar dentro de un día después de sucedidos los hechos<sup>10</sup> o cláusulas donde se limite el poder de los árbitros para emitir laudos condenatorios mayores a una cifra irrisoria o acuerdos que impidan al demandante presentar ciertas pruebas.

La opinión disidente recuerda el famoso caso de *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*<sup>11</sup> donde ordena a los tribunales no ejecutar acuerdos arbitrales si de hecho (aunque no explícitamente) por medio de ellos se limita la posibilidad al demandante de ejercitar sus acciones contra violaciones a derechos consagrados en leyes federales<sup>12</sup>. También cita el caso de *Green Tree Financial Corp.—Ala. v. Randolph*<sup>13</sup>, donde Randolph, al igual que otras personas, pidieron préstamos a Green Tree para realizar mejoras a sus casas, todos esos contratos incluían cláusula arbitral. El juez en esta causa de consumidores, ordenó que se siguiera un solo procedimiento multipartes. El laudo arbitral condenó a Green Tree a pagar US\$32 millones, pero la financiera solicitó la nulidad del laudo argumentando que efectivamente había pactado arbitraje, pero no un arbitraje colectivo. La clase de arbitraje afectaba la admisión de la demanda y por lo tanto debería considerarse nulo. Pero el tribunal le dio la razón a Randolph quien argumentó que los costos del arbitraje bilateral serían prohibitivos (no altos, excesivos o extravagantes), de ahí la necesidad de acudir por la vía colectiva.

La opinión de la minoría recuerda que a los martillos todo les parece que tiene forma de clavo, y que a la mayoría todo le parece que encuadra en la

---

<sup>10</sup> Esto podría suceder por ejemplo si tuvieran éxito los trabajadores que consideran que su contrato con cláusula arbitral que dice que tienen tan solo 14 días para presentar una demanda (y no los tres años que establece la ley). Ya sucedió y se decidió por primera ocasión que una cláusula arbitral que limitaba los derechos laborales de hecho posiblemente no debamos esperar tanto para que la Suprema Corte de los Estados Unidos se aboque al problema, ya se ha anunciado que el caso laboral con cláusula arbitral *Hill v. Guard* ha sido presentado a la Corte el 13 septiembre 2013. Los demandantes piden que la cláusula arbitral se declare nula por irracional (unconscionable).

<sup>11</sup> 473 U.S. 614 (1985) Trata de un distribuidor en Puerto Rico que había celebrado un contrato con cláusula arbitral y quería inconformarse por violaciones a la ley de competencia. El tribunal americano decidió que sí procedía el arbitraje, así que el proceso arbitral se condujo en Tokio sin mayores problemas, impulsando con ello el desarrollo del arbitraje en el siglo XX, sin embargo desde 2002, gracias al lobby de la asociación nacional de distribuidores de automóviles se promulgó una *Ley Motor Vehicle Franchise Contract Arbitration Fairness Act*, que establece para la industria automotriz excepciones a la ley federal de arbitraje.

<sup>12</sup> *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U. S. 20, 28 (1991); *Vimar Seguros y Reaseguros, S. A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U. S. 528, 540 (1995); 14 Penn Plaza, 556 U. S., at 266, 273–274.

<sup>13</sup> 531 U. S. 79 (2000).

regla 23 del Código de Procedimientos Federales. Quiere dismantelar toda acción colectiva, el contrato de American Express prohíbe también otros modos de compartir costos del procedimiento lo que implica de hecho una prohibición de acceso a la justicia.

### VIII. Conclusión

Son muchos los países que han adoptado legislación para atender acciones colectivas en tribunales<sup>14</sup> y también son muchas las reglas de procedimiento arbitral que permiten un arbitraje multiparte y arbitrajes con multi contratos; pero de hecho un problema que se presenta con bastante frecuencia es la imposibilidad de vincular a terceros que no firmaron la cláusula arbitral<sup>15</sup>. En la práctica es muy recomendable planear la estrategia a seguir respecto no solo a la jurisdicción sino también a la admisibilidad de la demanda<sup>16</sup>.

Por ejemplo, en Francia, la Suprema Corte ha declarado inadmisibles (*irrecevables*) causas donde se requería primero acudir a la conciliación y luego al arbitraje y la demandante acudía al arbitraje sin satisfacer ese previo requisito<sup>17</sup>.

La estrategia de como conducir el arbitraje cobra especial relieve por ejemplo respecto a ventajas, costos y tiempos de consolidar o no procesos paralelos. En ocasiones, los tribunales arbitrales invitan a las partes a unirse al procedimiento arbitral (*joining*)<sup>18</sup> o bien les permite participar (*intervene*)<sup>19</sup>, en ocasiones simplemente como testigos o como *amico curiae* para evitar que problemas semejantes tengan soluciones diferentes. Para consoli-

---

<sup>14</sup> Particularmente interesante la Ley de Acciones Colectivas de Israel de 2006, un país que se creó por un pueblo que vive y convive a diario con el recuerdo del Shoa (holocausto) es un pueblo que vive ejemplarmente la solidaridad entre víctimas por eso no extraña que se refiera a que las acciones colectivas deben proporcionar la asistencia adecuada a quienes sufren una violación a la ley otorgando un mecanismo de administración de controversias eficiente, justo y completo. En Portugal en 1995 se introdujo una acción civil popular que permite a una parte presentar acciones colectivas en áreas relacionadas con protección al consumidor, salud pública, medio ambiente, patrimonio cultural y propiedad pública. En Inglaterra las reglas de procedimiento civil introdujeron las GLO (*Group Litigation Order*), en Alemania aunque opuestos a las acciones colectivas en 2005 promulgaron un procedimiento de prueba para el caso de títulos valor se denomina la ley del caso modelo para mercados de capitales: Kapitalanlage Musterverfahrensgesetz— KapMuG.

<sup>15</sup> Es abundante la bibliografía en materia de terceros y el arbitraje.

<sup>16</sup> J. Paulson, "Jurisdiction and Admissibility en Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution", *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. ICC Publishing. Publication 693. Noviembre 2005.

<sup>17</sup> *Poire v. Tripiet*, Decisión del 14 febrero 2003. Cour de Cassation en *Rev. arb.*, 2003, p. 403. Sobre el tema también puede verse Peter Tochtermann, *Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution*. *Rev. dr. unif.*, 2008 p. 685 ss.

<sup>18</sup> *Vid.* Regl. CCI art 7, 8 y 9; LCIA Art. 22; JICA Regla 43; SIAC Art 24(b).

<sup>19</sup> Las reglas no hacen referencia a cómo deben participar las partes en el procedimiento arbitral, por lo que el tribunal goza de amplias facultades para conducir el procedimiento como considere oportuno de acuerdo a las circunstancias del caso, especial atención debe prestarse a si existen temas relacionados con conflicto de intereses o de confidencialidad.

dar (*consolidate*) procedimientos es necesario contar con el acuerdo de las partes o con el hecho de que las controversias se deriven del mismo contrato o del mismo acuerdo arbitral<sup>20</sup>.

Aclaremos que en los Estados Unidos, las *class actions* son procesos en donde un solo demandante representa a toda una clase. Son diferentes al término “collective actions” acciones colectivas en donde los procedimientos se siguen por organizaciones o asociaciones que actúan en representación de varias personas (no necesariamente sus miembros). El término “test” or “model cases” son procedimientos en que el caso individual puede convertirse en un precedente para muchos otros casos, este último esquema es el que se ha adoptado en Alemania.

Son evidentes los horrores y errores a los que en Estados Unidos se ha llegado con las acciones colectivas y no digamos con los daños punitivos. En muchas ocasiones no son los demandantes quienes ganan, sino los inescrupulosos abogados que les representan bajo un esquema de cuota litis mayoritaria. Trasplantar esa praxis a los arbitrajes no es conveniente, en eso coincidimos con la opinión de la mayoría. De hecho, en los Estados Unidos el criticismo al excesivo uso y abuso de las acciones colectivas se refleja en la reforma de 2005 *Class Action Fairness Litigation Act (CAFA)* que permitió que ahora asuntos de más de cinco millones de dólares puedan seguirse en jurisdicción federal. También aplaudimos la postura de la mayoría en el sentido de que un proceso arbitral no es el método para modificar lo pactado, particularmente cuando una de las partes no quiso contratar un abogado que le asesora, aunque solo fuera para tachar en el contrato de adhesión las frases con las que no estaba de acuerdo. Finalmente, también estamos de acuerdo con la mayoría en el sentido de que la jurisprudencia de *American Express v. Italian Colors Restaurant et al* reitera la libertad, el poder (y la responsabilidad) que gozan las partes para redactar sus cláusulas con no más límite que el orden público, porque si las partes escogen litigios ante tribunales o arbitraje, ellas son libres de pactar el que, como, cuando y donde arbitrar, incluso pueden elegir si prefieren un arbitraje ad-hoc o institucional, pero una vez seleccionado el medio de solución de controversias, aunque prohibitivamente caro, ya no se puede modificar lo pactado. Siempre se habla de “consenso” no coerción en arbitraje<sup>21</sup>.

No nos pasa desapercibido el hecho de que el tema de las acciones colectivas o acciones de clase en Estados Unidos está teniendo costosas implicaciones, incluso fuera de ese país. Un ejemplo lo vemos en el sector financiero con las controversias derivadas de los contratos de hipotecas de alto riesgo (sub-prime). En Hong Kong, la autoridad monetaria anunció que las controversias relacionadas con Lehman Brothers<sup>22</sup> se someterán a un arbitraje

---

<sup>20</sup> Vid. Reglas CCI art 10, JICA Art 44. La Legislación inglesa, English Arbitration Act 1996 permite la consolidación si las partes han otorgado tal facultad al tribunal.

<sup>21</sup> 28 U.S.C. Sections 1332(d), 1453, and 1711–1715,

<sup>22</sup> A. Connerty, *Lehman Lessons, Legal Update commercial, New L.J.*, 160, 9 julio 2010, p. 967.



administrado por el *Hong Kong International Arbitration Centre*: espere-mos que otras jurisdicciones sigan este ejemplo.

No podemos olvidar que bajo la palabra “arbitraje” se están desarrollando muy distintas familias o estilos por lo que el arbitraje de las grandes empresas no puede ser tratado del mismo modo que el de las pequeñas, y no se diga si se trata de arbitraje de inversión o de consumidor. En otras palabras del mismo modo que el sustantivo “silla” no basta para transmitir lo que se quiere en un momento determinado es necesario explicar para qué se quiere: silla de montar, una silla de la playa, silla eléctrica o silla turca. En el arbitraje si una gran empresa multinacional o un ente soberano requiere limitar sus riesgos sobre el resultado del proceso arbitral puede contratar un seguro<sup>23</sup>, una sociedad que tenga una acción contra una empresa multinacional o estado puede acudir a los fondos alternos de inversión si el monto de controversia es mayor a dos millones de dólares, si un pequeño comerciante o un consumidor tienen problemas pueden acudir a los litigantes que trabajan bajo el esquema de no win no fee (quota litis), pero la empresa familiar europea que no está en ninguno de los dos extremos realmente el hacer frente a los gastos de un proceso arbitral le puede suponer una onerosa carga.

En un mundo interdependiente, de sociedades complejas, donde la gente diariamente interactúa con personas que no conoce, donde los productos y servicios no solamente son diseñados, sino elaborados y prestados masivamente por grandes corporaciones, donde el financiamiento de las diversas actividades económicas es realizado por medio de redes impersonales, donde cada ciudadano en su vida diaria es al mismo tiempo consumidor, usuario, inversionista, sujeto a las misma clase de oportunidades y riesgos, las disputas que surgen de esas relaciones y riesgos “deben” ser resueltas de un modo diferente al modelo tradicional de litigio o arbitraje bilateral (calificado por Corapi como “bipolar”)<sup>24</sup>.

En un planeta globalizado, pareciera que aplica la ley de Gresham y no la ley de Darwin (prevalece y se difunde no lo mejor, sino lo barato, rápido y fácil). En un mundo en donde lo más eficiente son los monopolios, en donde el pez grande se coma al pequeño, no hay lugar para arbitrajes de poca cuantía con buenos y experimentados abogados, peritos y árbitros. Hay países emergentes donde se ha adoptado una práctica de probono, para este tipo de arbitrajes pequeños en donde se designan árbitros jóvenes dispuestos a dedicar el tiempo que sea necesario para adquirir experiencia. Sin embargo, hasta la fecha los arbitrajes multipartes, multijurisdiccionales, complejos que pueden ser financiados por un tercero<sup>25</sup> son pocos, pero es un nicho de mer-

<sup>23</sup> Conocidos como ATE (*After the Event insurance*)

<sup>24</sup> *Vid.* D. Corapi, “Class Actions (les actions collectives, acciones colectivas, azione di Classe)”, en *General reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. K. Brown y D.V., Synder, eds., Nueva York, Springer, 2012.

<sup>25</sup> En el Reino Unido, existe la asociación de fondos alternos de inversión, dedicados a prestar dinero a quienes no tienen para afrontar su caso, pero estos solo atienden causas cuantiosas donde su riesgo sea reducido. También han proliferado seguros después del evento, que consisten en pagar una

cado (en palabras de los fondos alternos de inversión) que está creciendo: antes pedían un retorno a la inversión de 5 veces el monto invertido, ahora basta el doble o el triple. Aunque muchas veces basta un dictamen imparcial del evaluador del riesgo para que las partes se animen a llegar a una transacción, es muy conveniente que las partes (y sus abogados) calculen los costos y gastos del procedimiento y se contemple la posibilidad, incluso a nivel de redacción de la cláusula arbitral, que la parte que pierda pague también los honorarios de la parte vencedora, si así lo resolviera el tribunal arbitral. Esto frenaría a quienes solo inician causas con la esperanza de extorsionar a la otra parte para que llegue a un acuerdo y así evite pagar los gastos del procedimiento.

El arbitraje es una institución que se ha desarrollado mucho en las dos últimas décadas. Pero aun queda mucho para construir un modelo de impartición de justicia que supere fronteras protegiendo valores y principios fundamentales de seguridad: buena fe y justicia. Hace una década algunos demandantes impugnaron cláusulas arbitrales donde se seleccionaba el arbitraje de la CCI porque sus cuotas administrativas y honorarios arbitrales eran excesivos, lo que hacía nugatoria el acceso a la justicia. El caso más citado es el de un vendedor de computadoras que incluía arbitraje CCI. *Brower v. Gateway 2000*<sup>26</sup>, El contrato también otorgaba 30 días para presentar reclamaciones después de recibida la computadora y en caso de silencio se entendía aceptado el contrato. El juez resolvió que era irracional pedir pagar diez veces más el valor de la computadora como gastos administrativos del arbitraje, el tribunal de apelación declaró la validez del acuerdo arbitral pero remitió a las partes a un árbitro más barato.

Se dice que el arbitraje vale lo que vale el árbitro (y sus abogados), pero también es cierto que cuando se cuenta con los recursos materiales para contratar los dictámenes que sean necesarios, se logra realizar mejor trabajo. Pero todo debe utilizarse con medida, ya son varios casos donde los abogados de las partes no solo no escatiman sino dilapidan los recursos a los que tienen acceso y olvidan los principios de economía procesal y celeridad, pareciera que les gusta tanto el arbitraje que más quisieran seguir sumando horas de trabajo a encontrar una transacción que beneficie a las partes. La verdad es la adecuación de la mente a la realidad, a lo que realmente pasó; pero la verdad legal es lo que consta en el expediente, más la virtud del tribunal arbitral.

---

prima para cubrir el riesgo de perder el litigio. De esta forma las empresas pueden fácilmente registrar y administrar este riesgo y así comunicarlo en los respectivos estados financieros.

<sup>26</sup> 1998 WL 481066 (N.Y.A.D. 1 Dept. – Aug. 13, 1998).