

Decisiones salomónicas: Realidades, mitos y ética

Albert Jan van den Berg¹

Es un mito que los árbitros comerciales internacionales llegan a una decisión de compromiso, o también conocida como “*splitting the baby*”. En su artículo seminal de 2011 “*Rectitude in International Arbitration*” el Profesor Rusty Park las describe como “laudos no justificados por hechos o derecho”² o “compromisos sin principios”³⁴. Existe una sólida investigación empírica para soportar dicha declaración. Una de las grandes profesoras de la Universidad de Miami, Soia Mentschikoff, desmitificó empíricamente el mito llamado “*splitting the baby*” en su estudio de 1961 respecto de arbitraje doméstico en Estados Unidos.⁵ Más recientemente (2001), Stephanie Keer y Richard Naimark llegaron a la misma conclusión en el estudio “*Arbitrators Do Not Split the Baby - Empirical Evidence from International Business Arbitrations*”⁶. Aún más reciente es el estudio de 2007 de la AAA sobre ello, presentado en Enero de 2007 en Ginebra, el cual arriba a la misma conclusión.⁷

La creencia equivocada de “*splitting the baby*” por árbitros parece prevalecer, en particular en abogados corporativos, especialmente en los Estados Unidos. Parece haber al menos cinco razones por las cuales tienen esta creencia equivocada. En esta presentación me gustaría repasarlas brevemente.

La primera razón es el arbitraje doméstico en Estados Unidos en materia laboral y de consumidores. Este tipo de arbitraje frecuentemente involucra preocupaciones acerca de los intereses de cada parte. En esos tipos de arbitraje, la decisión puede verse como una solución de compromiso en un número de casos. Estos aspectos del arbitraje en materia laboral y en

¹ Conferencia impartida por el Dr. Albert Jan van den Berg en la Conferencia annual de arbitraje de la ICC en Miami, 5 de noviembre de 2013 titulada “*Splitting the Baby: Realities, Myths and Ethics*”. Traducción libre del CENTRO DE ARBITRAJE DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN. Publicado con permiso del autor. Versión original anexa.

² Traducción: “*awards not justified by facts or law*”

³ Traducción: “*unprincipled compromises*”

⁴ Arb Int 2011 Vol 27(3) pp 473-526.

⁵ 61 Colum. L. Rev. 846 (1961) [p. 4 n. 10].

⁶ JOIA 2001 Vol 18 pp. 573-578. [p. 7].

⁷ Página 8.

materia de derecho del consumidor parece que han sido generalizados por considerarlos como también aplicables a cualquier tipo o forma de arbitraje, incluyendo arbitraje comercial internacional. Yo considero que dicha generalización es injustificada.

La segunda razón es que el método de designación árbitro de parte para constituir el tribunal arbitral. En particular dentro de los Estados Unidos, un árbitro de parte era considerado como un “casi abogado” de la parte que lo designó. Ese no es el principio en arbitraje internacional, donde también el árbitro de parte debe ser imparcial e independiente. Los hábitos viejos mueren difícilmente. Ciertas partes aun piensan en términos de “su” árbitro. Estas partes creen que cuando hay dos de estas personas en un panel, el presidente del tribunal arbitral debe engranarse en un proceso de alcanzar a compromisos a fin de arribar a la decisión. Me encuentro asustado de que estas partes no están familiarizadas con las dinámicas de toma de decisión dentro de un tribunal arbitral en arbitraje comercial internacional. En prácticamente ningún caso existen “trueques” (*“horse trading”*) dentro de un tribunal arbitral. Más bien, si un árbitro de parte se comporta como abogado de parte, no será tomando en cuenta seriamente por los otros co-árbitros y la decisión será tomada efectivamente por ellos mismos o el presidente del tribunal arbitral por sí solo.

Una tercera razón es que ciertas partes creen que el arbitraje es parecido a una mediación. Esa creencia es entendible, pero errónea. Durante las pasadas dos décadas, hemos presenciado un fuerte movimiento para promover la mediación como medio para resolver disputas de negocios. Ese puede ser una cosa buena. La situación se vuelve confusa, sin embargo, cuando a los árbitros se les requiere mediar a los árbitros. Existen varias razones para este fenómeno. Una es “MedArb”. En ciertos países, el derecho inclusive alienta a los árbitros para lograr una solución entre las partes. Por ejemplo el artículo 1043 de la Ley de los Países Bajos (Netherlands, art. 1043).

No soy un fan de MedArb o nociones similares. Ello crea una crisis de identidad para un árbitro. El trabajo de un árbitro es decidir una disputa. El trabajo de un mediador es distinto. Y también lo son las técnicas. Es inconcebible que un árbitro se reúna con una de las partes.

Cuando se les confía a los árbitros la misión de mediar o alcanzar un acuerdo, es fácil ver por qué las partes erróneamente creen que ellos se encuentran en el medio.

Una cuarta razón es el contenido del laudo. En la práctica local de Estados Unidos, la motivación de un laudo es tradicionalmente corta, si es que existe motivación alguna. Eso alimenta la creencia de que los árbitros rinden decisiones de compromiso. Sin embargo, en arbitraje comercial internacional los laudos contienen motivación elaborada, muy parecido a un análisis de hechos y derecho en cortes judiciales.

Desafortunadamente, motivar no siempre es abundar en todos los asuntos en disputa. Esto aplica en particular a los daños y perjuicios. Existen árbitros que no les gusta lidiar con números. La motivación que dan por reclamaciones de daños y perjuicios es más bien breve o poca. Ello está apoyado en leyes que permiten a árbitros evaluar daños y perjuicios. En mi particular punto de vista, la facultad de valuar daños y perjuicios no absuelve al árbitro de su

deber de motivar o dar las razones de la determinación del monto condenado. El tratamiento sumario de reclamaciones de daños y perjuicios también alimenta la creencia de que el árbitro ha efectuado una decisión salomónica: “*split the baby*”.

Una quinta razón es la inflación de montos reclamados. En un número de casos, una parte no obtiene 100 centavos del dólar que reclamó. En estos casos, parece que la cantidad reclamada no se encuentra justificada por la prueba de los daños. Si una parte recibe menos de lo que pretendía en su reclamación, esa parte enmascara su derrota al declarar que los árbitros han efectuado una ‘dividido al bebé’ (“*split the baby*”). Eso por su puesto no es una excusa válida para inflar el monto reclamado.

Por otra parte, el mito “*splitting the baby*” conduce a la práctica de que las partes reclamen más de lo que tienen derecho a reclamar. Las partes inflan el monto reclamado basándose en la equivocada suposición de que el árbitro basará su decisión en decisiones salomónicas (“*splitting the baby*”).

La práctica de inflar montos reclamados podrá conducir a que los árbitros trabajen en base a la suposición de que es presumible que los montos reclamados siempre están inflados. Ello puede crear un círculo vicioso: las partes inflan reclamaciones porque creen que los árbitros ‘dividirán al bebé’, y muchos árbitros consideran que las partes rutinariamente inflan reclamaciones.

Los árbitros no deben trabajar bajo ésta suposición, sino decidir el monto reclamado con base en los hechos presentados ante ellos.

Estas son las cinco razones por las que pienso que la noción de “*splitting the baby*” persiste en la práctica. Espero que ciertas partes (especialmente abogados corporativos en Estados Unidos) – y árbitros – se vuelvan más realistas.

Finalmente, ¿existen aspectos técnicos? Ello depende de la noción de “ética” de cada uno. Si es un requisito ético que una parte someta una reclamación realista y no engañe a los árbitros en este aspecto, sí. Y si es un requisito ético que un árbitro otorgue una explicación de cómo arribó a una cantidad por concepto de daños y perjuicios, mi respuesta es de nuevo sí.

Gracias.

Anexo: Versión original de la conferencia (proporcionada por el autor)

ICC Conference, Miami, Tuesday, 5 November 2013

Splitting the Baby: Realities, Myths and Ethics

Albert Jan van den Berg

It is a myth that international commercial arbitrators reach a compromise decision, or as it is also referred to as “splitting the baby”. In his seminal article of 2011 “Rectitude in International Arbitration” Prof. Rusty Park describes them as “awards not justified by facts or law” or “unprincipled compromises” (Arb Int 2011 Vol 27(3) pp 473-526. There is solid empirical research to support that statement. One of the great professors at Miami University, Soia Mentschikoff demystified empirically the splitting the baby myth in her study of 1961 with respect to US domestic arbitration (61 Colum. L. Rev. 846 (1961) [p. 4 n. 10]. More recently (2001), Stephanie Keer and Richard Naimark came to the same conclusion in a study “Arbitrators Do Not Split the Baby – Empirical Evidence from International Business Arbitrations”, JOIA 2001 Vol 18 pp. 573-578. [p. 7]. Even more recent is the 2007 AAA study on splitting the baby, presented in Geneva, January 2007, again with the same conclusion [p. 8].

The misguided belief of splitting the baby by arbitrators appears to be prevalent in particular amongst corporate counsel, especially in the United States. There seem to be at least five reasons why they have this misguided belief. In this presentation, I would like to review them briefly.

The first reason is US domestic arbitration in the fields of employment law and consumer law. These types of arbitration frequently involve concerns about each party's interests. In those types of arbitration, the decision can be viewed as a compromise solution in a number of cases. These aspects of employment and consumer arbitration seem to have been generalized by considering them as being also applicable to any form of arbitration, including international commercial arbitration. I think that such a generalization is unjustified.

The second reason is the party-appointed arbitrator method for constituting an arbitral tribunal. In the US in particular, a party-appointed arbitrator was considered a quasi advocate for the party that had appointed him or her. That is not the principle in principle in international arbitration where also the party-appointed arbitrator is to be impartial and independent. Old habits die hard. Certain parties still think in terms of "our" arbitrator. These parties believe that when there are two of these persons on a panel, the presiding arbitrator must engage

in a process of reaching compromises in order to arrive at a decision. I am afraid that these parties are not familiar with the dynamics of decision making inside an arbitral tribunal in international commercial arbitration. In almost no case there is “horse trading” within an arbitral tribunal. Rather, if a party-appointed arbitrator behaves like an advocate of a party, he or she will not be taken seriously by the others and the decision will effectively be taken by the two others or the presiding arbitrator alone.

A third reason is that certain parties believe that arbitration is akin to mediation. That belief is understandable, but nonetheless erroneous. During the last two decades, we have seen a strong movement to promote mediation as means for settling business disputes. That may be a good thing. Matters get muddled, however, when arbitrators are required to mediate. There various descriptions for this phenomenon. One is “medarb”. In certain countries, the law even encourages arbitrators to attempt a settlement between the parties. Eg Netherlands, art. 1043.

I am not a fan of medarb and similar notions. It creates an identity crisis for an arbitrator. An arbitrator’s job is to decide a dispute. The job of a mediator is quite different. And so are the techniques. It is inconceivable that an arbitrator caucuses with one of the parties.

When arbitrators are entrusted with the mission to mediate or to reach a settlement, it is easy to see why parties erroneously believe that they come down in the middle.

A fourth reason is the content of the award. In US domestic practice, the reasons for an award are traditionally brief, if there are reasons at all. That feeds the belief that arbitrators render compromise decisions. However, in international commercial arbitration awards contain elaborate reasons, much like an analysis of facts and law in court judgments.

Unfortunately, however, reasoning is not always elaborate on all matters in dispute. This applies in particular to damages. There are arbitrators who do not like to deal with numbers. The reasoning they give for damages claims is rather thin. That is supported by laws that allow arbitrators to assess damages. In my view, the faculty to assess damages does not absolve the arbitrator from the duty to give reasons for the determination of the amount awarded. The summary treatment of damages claims also feeds the belief that the arbitrator has split the baby.

A fifth reason is the inflated claim amount. In a number of cases, a party does not obtain 100 cts on the dollar claimed. In these cases, it regularly appears that the claim figure is not justified by the proof of damages. If a

party then gets less than what it had claimed, that party masks its defeat by stating that the arbitrators have split the baby. That is of course not a valid excuse for an inflated claim amount.

On the other hand, the myth of splitting the baby leads to a practice that parties do claim more than the amount they know themselves they would be entitled to. Parties inflate the claim amount on the basis of the misguided assumption that the arbitrator will split the baby.

The practice of inflating claim amounts in turn may lead to arbitrators working on the basis of the assumption that it is to be presumed that claim amounts are always inflated.

It may create a feedback loop (vicious circle): parties inflate claims because they believe that arbitrators split the baby, and a number of arbitrators believe that parties routinely inflate claims.

Arbitrators should of course not work on the basis of that assumption but decide the claim amount on the basis of the facts as presented to them.

These are five reasons why I think that the notion of splitting the baby persists to exist in practice. I hope that

certain parties (especially corporate counsel in the US) – and arbitrators – become more realistic.

Finally, are there ethical aspects? It depends what one understands by the notion of “ethics”. If it is an ethical requirement that a party submits a realistic claim and does not mislead the arbitrators in this regard, yes. And if it is an ethical requirement that an arbitrator gives an explanation how he or she arrived at a damages figure, my answer is again yes.

Thank you.