

EL PROCESO ARBITRAL EN LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES *

BERNARDO M. CREMADES **

1. EL ARBITRAJE, TÉCNICA PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Hace algunos años, cuando se me encomendaba la labor de presentar el arbitraje, acostumbraba defender incondicionalmente las ventajas de utilizar el arbitraje en las relaciones económicas internacionales. Quizá la inexperiencia no me hacía ver los posibles defectos que el arbitraje en sí podía tener. Los años me han hecho ver que puede, efectivamente, ser un medio más rápido, más técnico, más barato, más eficaz, más confidencial... Sin embargo, no es ninguna panacea. Es, simplemente, una técnica para la solución de los conflictos mercantiles internacionales, que consiste en poner en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a estar y pasar por la decisión que aquél tenga a bien tomar en su día.

El arbitraje es nada más ni nada menos que una pura técnica. No vale, en consecuencia, construir una filosofía y en algunos casos una verdadera poesía en su torno. Es una simple técnica y en cuanto tal hay que divulgarla y conocerla para su mejor utilización.

Es además una técnica para la solución de conflictos. El conflicto y en concreto, el conflicto mercantil internacional,

* Publicación autorizada por *Revista Themis*, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n° 11, p. 10, 1988.

** Presidente de la Corte Española de Arbitraje, miembro del International Institute for Business Law & Practice, miembro del International Council for Commercial Administration.

se constituye a modo de piedra angular del arbitraje. El conflicto que surge en la ejecución o interpretación de los acuerdos mercantiles. Es simplemente una enfermedad a solucionar para el restablecimiento de la salud en el organismo comercial. Por desgracia hoy, en época de crisis profunda, el conflicto está tomando una relevancia destacada; con verdad podemos decir que en la actualidad, el empresario tiene que hacer frente, al igual que su asesor jurídico, a una economía en situación de crisis.

Hablar del proceso arbitral es tanto como ir desmenuzando el conjunto de actos en que cristaliza el procedimiento desde el comienzo de las relaciones mercantiles hasta que el o los árbitros proceden a dictar la correspondiente sentencia arbitral. En este "procedere" de actuaciones hay que tener muy en cuenta que la técnica arbitral es una solución de empresarios y para empresarios, con un nuevo espíritu en la solución de los conflictos mucho más ágil y flexible, aunque por ello no menos seria ni dotada de menos garantías que aquella a la que estamos acostumbrados los abogados en el diario ejercicio de nuestra actividad profesional ante los tribunales estatales.

2. EL CONVENIO ARBITRAL

El proceso arbitral comienza con la firma de un convenio arbitral. En el arbitraje, la gran carta magna es precisamente este convenio, pues esta institución no es otra cosa que un acuerdo entre unas partes en conflicto real o eventual y –tras su aceptación– los árbitros o la institución arbitral en quienes se deposita la confianza para que lleguen a una aceptable solución de las diferencias entre las partes. De esta forma, surge el convenio arbitral como pieza clave dentro del desarrollo ulterior del proceso, pues los árbitros no pueden apartarse, bajo peligro de nulidad, de lo acordado entre las partes; si así lo hicieren, su sentencia y sus actuaciones podrían ser tachadas de nulidad. Además, por tratarse de un procedimiento empresarial, el espíritu que preside al arbitraje está en torno a la libertad de forma, lejos de los formalismos propios de sistemas judiciales. Por eso, el arbitraje comercial internacional, según se regula en sus convenios internacionales ratificados por numerosos estados a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial, no conoce rígidos formalismos a la hora de elaborar el convenio arbitral o de darle eficacia. La diferencia entre cláusula ar-

bitral y compromiso, tan propia del derecho hispánico en todos nuestros países, queda difuminada en la práctica. Lejos de la flexibilidad que exige el arbitraje comercial internacional se encuentran las exigencias de nuestros ordenamientos jurídicos de formalización, ya sea notarial o judicial, del compromiso como pieza clave para la eficacia del convenio arbitral. Los empresarios están acostumbrados a realizar con rapidez grandes transacciones, intercambiándose simplemente telegramas, télex o utilizando otros medios de telecomunicación. Por esta razón, el arbitraje comercial internacional que se introduce a modo de cláusula final en estos contratos, no podía sino admitir la plena validez y eficacia de aquellos convenios arbitrales que cristalicen en una cláusula de los contratos o, a veces, en una simple línea del télex por el cual se pide o se confirma una operación.

El empresario es por hipótesis un emprendedor. No cabe empresario que no asuma con agrado la decisión, tomando los correspondientes riesgos en su vida diaria. La agenda de todo empresario constituye precisamente una concatenada sucesión de decisiones, asumiendo riesgos. Por ello, el empresario entiende muy bien que a la hora de firmar un convenio arbitral esté afrontando unos riesgos. Éstos fundamentalmente derivan del hecho de que en dicho convenio se van a señalar los límites y las circunstancias con arreglo a los cuales se va a desarrollar el procedimiento en cuestión.

En concreto, las grandes opciones que puede adoptar el empresario al pactar el arbitraje pudieran ser las siguientes:

¿Qué tipo de procedimiento arbitral quiere en caso de conflicto? ¿Desea someter el eventual arbitraje a la fórmula artesanal de unas concretas y determinadas personas que le merecen su confianza o, por el contrario, pretende dar mayor estabilidad a la solución de los conflictos? En segundo lugar, las partes pueden establecer el lugar donde vaya a desarrollarse el procedimiento arbitral. Si así lo desean, pueden seleccionar también la lengua en la cual vaya a dilucidarse la contienda. Una cláusula muy recomendable en todo tipo de contratos comerciales internacionales es la relativa a la opción sobre la ley aplicable, con eficacia práctica a la hora de decidir el conflicto. Un punto muy crucial en la elaboración del convenio arbitral es, además, el relativo al nombramiento de los árbitros; el arbitraje vale lo que valgan los árbitros, se ha dicho reiteradamente, y es cierto pues a la postre son ellos quienes van a protagonizar el procedimiento hasta el logro de la sentencia definitiva.

El convenio arbitral constituye el punto de partida del arbitraje y además es su verdadera "carta magna". Cuando surja el conflicto, las partes se acordarán de aquella cláusula que a lo mejor colocaron al final de su contrato, sin darle mayor importancia porque en los momentos de redactar el texto que iba a regir esas relaciones comerciales que se prometían tan felices, nadie paró mientes en las serias advertencias del asesor jurídico que en esos momentos parecía prever los posibles nubarrones que las partes excluían por el optimismo de su negociación contractual.

3. ALLEGACIONES DE LAS PARTES

Otro segundo gran bloque de actuaciones en el procedimiento arbitral, viene constituido por el que pudiéramos calificar como alegaciones de las partes. Cuando aparece el conflicto y las partes no son capaces de solucionarlo de común acuerdo, deben acudir al arbitraje. La parte que lo intenta poner en marcha formula la correspondiente demanda, recibe la contestación de la otra o de las otras partes y, a su vez, se suceden los escritos de réplica y dúplica en el procedimiento. En este orden de cosas, creo que debe insistirse de nuevo en el escaso formalismo que rige también en este punto el procedimiento arbitral. Los escritos en cuestión no tienen forma alguna sino que en la mayoría de los casos son simples cartas que se intercambian entre las partes, los árbitros o en su caso, las instituciones arbitrales. Tampoco existe gran inconveniente en la flexibilización de los plazos. El procedimiento es, en consecuencia, enormemente ágil.

4. ACTA DE MISIÓN

En algunos procedimientos, como es el caso especialmente de la Cámara de Comercio Internacional, es costumbre que cuando se hayan intercambiado las alegaciones de las partes y designado el tribunal arbitral, éste se reúna con los representantes de las partes para elaborar lo que se ha venido en llamar acta de misión. Este escrito que en su momento firmarán los árbitros con las partes sin formalismo alguno, cristalizado en un simple escrito privado entre ellos, pretende recoger clara y listadamente las pretensiones

de las partes y las cuestiones que someten a la decisión de los árbitros. La experiencia dice que, en muchos casos, la simple elaboración del acta de misión bajo la autoridad de los árbitros es el comienzo de un entendimiento que hasta aquel momento era imposible entre las partes porque hablaban un lenguaje bien distinto y distante. Cuando se ha redactado en negro sobre blanco las pretensiones de una y otra de las partes, éstas comienzan un diálogo sincero que al cabo de los días, semanas o incluso meses, termina en una posible solución de común acuerdo. A veces, cuando estalla el conflicto no es el mejor momento para el diálogo y sucede con bastante frecuencia que las partes no están dispuestas a abordar toda la problemática que la contraparte les plantea.

5. PERIODO PROBATORIO

Intercambiadas las alegaciones y, en su caso, firmada el acta de misión, comienza la fase que podríamos llamar período probatorio. La prueba en el arbitraje pretende conducir a la verdad material sobre los hechos. Los árbitros a través de las diferentes pruebas deben llegar al convencimiento sobre los hechos debatidos y en consecuencia sobre quién tiene la razón. Por eso, en el arbitraje, no prima la verdad probatoria formal, sino que la búsqueda se centra fundamentalmente en torno a la verdad real. En la presentación de documentos, testigos, en el desarrollo de la inspección ocular, en la audiencia directa de las partes, los árbitros van llegando a su convencimiento interior y personal. De ahí, el fracaso muchas veces, de técnicas y tácticas legales, quizás exitosas en el procedimiento judicial, pero tremendamente perjudiciales ante los árbitros que pueden ver detrás de ellas el ocultamiento o falseamiento de la verdad. El abuso de excepciones dilatorias o perentorias, la obstaculización en la presentación de pruebas..., son causas que muchas veces conducen a la duda en los árbitros sobre la seriedad de la postura de quienes utilizan tales argucias. Hemos dicho que el arbitraje constituye una técnica y esta técnica debe ser bien conocida por los asesores jurídicos de las partes, pues de lo contrario, corren peligro de estar asesorando no adecuadamente a sus clientes en cuanto que no logren el convencimiento real de quienes tienen que decidir la contienda.

6. LAUDO ARBITRAL

Convencidos los árbitros de su decisión, pasan a la elaboración de la sentencia o laudo arbitral. Este huye igualmente de todo formalismo. No son buenos laudos aquellos que pretenden hacer doctrina, es decir, aquellos en los cuales los árbitros se explayan páginas y páginas para fundamentar su fallo sin ser realmente necesarias. El árbitro tiene que alcanzar un equilibrio entre la lógica información a las partes del porqué llega a la decisión y, por otro lado, la terrible tendencia, sobre todo del profesional universitario, de escribir verdaderos tratados para que su laudo o sentencia arbitral establezca doctrina citada en el futuro. Los árbitros no sientan doctrina y su misión primordial ha de ser la de solucionar pretensiones, pues no hay nada más práctico que la labor decisoria estimando o rechazando pretensiones.

7. LA REALIDAD DEL ARBITRAJE

A efectos puramente expositivos, hemos intentado recoger en estos grandes apartados el desarrollo del proceso arbitral. Pero como ustedes comprenderán, en la solución de los conflictos se vuelcan las partes, sus asesores, los árbitros, eventuales terceros interesados en el desarrollo del procedimiento arbitral (sobre todo si existe la amenaza de iliquidez), las instituciones a las que se encomienda el arbitraje, ... La vida del arbitraje no permite el estático encasillamiento. El jurista está obligado a introducir en las instituciones su bisturi a efectos de conocimiento de la realidad del llamado proceso arbitral, pero no puede evitar que la fisiología del organismo vivo del mundo de los negocios desborde la realidad de una disección anatómica. Algo tan vital como el comercio internacional puede ser explicado estáticamente, pero nada más, pues la realidad desborda todo tipo de explicaciones.

8. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

En el funcionamiento real y práctico del procedimiento arbitral tiene una misión importantísima la institución arbitral, si las partes hubieran pactado encomendar la adminis-

tración del arbitraje a una entidad que les merezca confianza. La labor fundamental de ésta consiste principalmente en tutelar el desarrollo del procedimiento arbitral, para garantizar que los árbitros estén efectivamente cumpliendo la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral. Su tutela cristaliza en diferentes actuaciones, principalmente en torno al nombramiento y posible recusación de los árbitros y a la adopción de medidas que impidan posibles conductas obstruccionistas de alguna de las partes que no quieran cumplir con el compromiso dado en su día de someterse a arbitraje.

En este punto sí me gustaría manifestar el sentir cada vez más unánime de los empresarios y juristas provenientes de países hispánicos en torno a la administración arbitral que se está realizando en las instituciones domiciliadas en países importadores de materias primas y fuertemente exportadores de capitales y tecnología. Existe una queja bastante generalizada de que estas instituciones, lo quieran o no lo quieran, lo admitan o lo rechacen, administran los procedimientos arbitrales de acuerdo con la reacción psicológica de quienes habitan en tales países, muchas veces desconociendo los verdaderos intereses de los pueblos en desarrollo. A estas justas reclamaciones yo creo que deberíamos reaccionar de una doble forma: participando si se nos llamara en los organismos decisorios de tales instituciones y fortaleciendo o creando, en su caso, instituciones arbitrales en nuestra propia geografía. En muchos casos, instituciones muy prestigiosas del mundo llaman a nuestras puertas pidiendo representantes de nuestros países que colaboren en la administración de los arbitrajes; con bastante frecuencia, la respuesta ha sido en el pasado el silencio o la designación de personas cuya única finalidad era colocar el nombramiento en sus respectivas tarjetas de visita; tenemos una grave responsabilidad de nombrar a las personas adecuadas y que se dediquen a su función efectivamente para garantizar la neutralidad en la administración de los arbitrajes, con la participación de voces provenientes de nuestros países, con nuestra propia y peculiar mentalidad. Además, creo muy oportuno llamar la atención sobre la necesidad de fortalecer o crear centros de arbitraje que sean administrados en nuestros propios países.

Ya sé que nuestra mentalidad es más bien de jugar a corto plazo, del regateo en términos futbolísticos. Sin embargo, cuando se habla de la creación y, sobre todo, del fortalecimiento de centros de arbitraje en el área hispánica ha

de funcionar con otros criterios más propios del medio y largo alcance. Estos centros no son sino verdaderas y auténticas empresas de servicios y como tales deben dar una especialísima atención a la clientela para ganarla y reafirmar su confianza día a día.

La importancia de la labor a realizar queda ratificada en los nuevos rumbos que está tomando, en el momento actual, el derecho mercantil internacional. Los tribunales arbitrales no sólo solucionan conflictos a lo largo y a lo ancho de la geografía mundial, sino que elaboran una jurisprudencia que algunos califican como una nueva *lex mercatoria* internacional. Es decir, no sólo son cauce para la solución de los conflictos, sino que a través de la decisión reiterada de estos conflictos se genera su regulación, se está estableciendo el precedente, que ha de regir las relaciones mercantiles internacionales en el futuro próximo. De ahí la importancia de eficaces centros arbitrales que sepan hacer eco a la voz de los intereses hispánicos en la exigida neutralidad para la solución de los conflictos y sobre todo –en lo que es más grave y vinculante– en el nacimiento de la nueva regulación.

9. EL ARBITRAJE Y LA ACTIVIDAD JUDICIAL

La anatomía y posteriormente la fisiología del proceso arbitral no puede olvidar su patología. Es decir, aquellos casos extraordinarios en los cuales los empresarios que aceptaron en su día someterse a arbitraje no cumplen con su compromiso. Y digo que se trata de casos excepcionales pues, gracias a Dios, las estadísticas de un conocido centro de arbitraje mundial como es el de la Cámara de Comercio Internacional, indican que sólo el 10 % de las sentencias dictadas en su marco exigen de la intervención judicial para su ulterior ejecución. El 90 % de las mismas son cumplidas de común acuerdo por las partes sin necesidad de intervención judicial; ello refleja algo muy importante en el mundo de los negocios como es el hecho de que los empresarios dan un alto valor a sus compromisos y, en concreto, al que supone someter sus actuales o eventuales conflictos a la solución de un tercero, cuya decisión acatan de antemano. Pero no podemos olvidar, y mucho menos los juristas, ese 10 % y su correspondiente tratamiento. Con lo cual entramos de lleno en un punto crucial para el tratamiento jurídico del arbitraje: la relación entre la función del árbitro y la tutela

judicial. La coordinación de actuaciones entre el juez y el árbitro constituye una pieza básica para el buen funcionamiento del arbitraje.

Existe en algunos países la creencia equivocada de que el arbitraje constituye una competencia desleal y privada a la actividad judicial. Muy por el contrario, sus respectivas actuaciones son bien claras y diferenciadas: el árbitro debe arbitrar, porque así se lo han encomendado las partes en el ejercicio de su libertad contractual; el juez, garante establecido por la Constitución de las justas relaciones entre los individuos, debe tutelar para que efectivamente se cumplan los compromisos libremente establecidos. El juez no es ni puede ser un revisor en segunda instancia de los árbitros, el procedimiento arbitral no es un seudo-procedimiento judicial privatizado.

La tutela judicial sobre el procedimiento arbitral, que según hemos indicado no pretende sino hacer realidad los deseos manifestados por las partes en su convenio arbitral, cristaliza fundamentalmente en lo siguiente: efectiva garantía de la eficacia del convenio arbitral, impidiendo a las partes incumplidoras acudir al procedimiento judicial si se hubiera pactado el sometimiento a arbitraje; la adopción de medidas cautelares que permitan el normal desarrollo del procedimiento arbitral frente a la pasividad de alguna de las partes o a su mala fe en la administración de las pruebas ya sean documentales, testificales, inspección ocular..., medidas provisionales que impidan el que la mala fe de alguna de las partes encaminada a la sustracción de activos ponga en peligro, en su día, la ejecución de la sentencia arbitral; a través de limitados cauces de recurso –limitados para evitar que el recurso sea la solución jurisdiccional en segunda instancia de los arbitrajes– los jueces deben revisar las actuaciones arbitrales y anular aquellas que fueran en contra del convenio arbitral para así garantizar la eficacia de la libertad contractual; en fin, los jueces dan ejecución forzosa a las sentencias arbitrales en aquellos casos en los cuales las partes no lo hicieran voluntariamente. Los jueces en el ejercicio de la actividad tutelar del procedimiento arbitral se encuentran respaldados por la autoridad constitucional, pues ellos son los únicos que pueden adoptar medidas coercitivas. Los árbitros carecen de “*puissance publique*” y por eso son los jueces quienes deben utilizar la fuerza que la Constitución les confiere para hacer cumplir los compromisos contraídos por las partes, para hacer realidad práctica y eficaz el convenio arbitral.

La patología es, pues, importante, pero los juristas no debemos exagerar. Me refiero al hecho de que los supuestos de incumplimiento por alguna de las partes de sus compromisos arbitrales son realmente excepcionales y raros. Hay —eso sí— casos de incumplimiento y la ley debe tenerlos en cuenta para adoptar las correspondientes medidas preventivas o en su caso coercitivas. Pero tampoco se puede cometer el error de generalizar. A nuestros despachos de abogados sucede que con bastante frecuencia acuden la mayoría de esos casos que constituyen el 10 % y podríamos generalizar a todos los procedimientos arbitrales esos graves defectos que encontramos en los procedimientos que circulan por nuestras mesas de trabajo. De la misma forma que el médico cometería un grave error si pretendiera al salir a la calle generalizar a todos los ciudadanos las enfermedades que ve diariamente en su consulta, de la misma forma erraríamos los abogados que generalizáramos lo que es una minoría dentro del conjunto de procedimientos arbitrales. Lo normal es que la gente esté sana y sólo las enfermedades constituyen algo excepcional. Lo habitual es también que los procedimientos de arbitraje funcionen bien y de acuerdo con la voluntad de las partes. Lo excepcional es una situación de incumplimiento que exija la intervención judicial.

10. LA PAZ POR EL DERECHO

En este mundo en crisis, que nos ha tocado vivir, el conflicto ha tenido y está teniendo un protagonismo excepcional. Los empresarios son muy conscientes de que hay que hacer frente a esta economía en situación de crisis y por ello han dado su respuesta con el pragmatismo que les caracteriza a través de una institución tan empresarial —en sus orígenes como en su desarrollo y sus métodos de utilización— como es el arbitraje. Mucho se habla en los grandes foros internacionales del nuevo orden económico internacional, sin poder precisar exactamente sus consecuencias prácticas. Frente a esos macroplanteamientos, los empresarios dan, a través del arbitraje, soluciones concretas. La gran aportación empresarial a la paz mundial puede precisamente consistir en el establecimiento y fortalecimiento de unos cauces de diálogo. Hoy, cuando las relaciones internacionales son básicamente económicas, los empresarios han sabido encontrar los cauces para un eficaz diálogo.