

VENTAJAS DEL ARBITRAJE EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Bernardo María Cremades

Sean mis primeras palabras de agradecimiento a la AICO, a la CIAC y a la Cámara de Comercio Internacional, que han tenido la amabilidad de ofrecerme esta tribuna que tanto aprecio en la ciudad de México, a la que considero como pionero en el arbitraje comercial internacional. Hemos oído esta mañana las diferentes e interesantísimas actividades que desde esta ciudad están realizando en favor del arbitraje comercial internacional. Cuando dos o más empresarios deciden aunar sus esfuerzos para obtener metas comerciales que, desde el punto de vista individual son accesibles, entran en un periodo de negociación y, posteriormente, de suscripción de un contrato llevados de un estado físico de optimismo. El empresario contrae estas vinculaciones contractuales, convencido de que la colaboración conjunta en el futuro le va a permitir conseguir unas metas inaccesibles, inalcanzables desde el punto de vista individual. Ese empresario que necesita una tecnología, una financiación, unas materias con las cuales proceder a la elaboración fabril, suscribe un contrato de transferencia de tecnología, un contrato de financiación, un contrato de abastecimiento con la idea de que la colaboración futura va a redundar en beneficio de las empresas que contraen los compromisos. Surge así una especie de colaboración de matrimonio mercantil futuro, tan frecuente hoy en día, y que es necesario realizar para lograr determinadas metas. Es esa constructora norteamericana que con una cervecera española y una ingeniería suiza acuerdan, con una financiación internacional, realizar una fábrica de cervezas en Lagos, Nigeria; suscriben este contrato llevados de ese optimismo que les hace ver que es impres-

*Memoria Seminario Iberoamericano de Arbitraje Comercial, 1979.

cindible la colaboración para llevar a cabo esas metas, conseguir esos logros que se proponen. Pero ese momento de optimismo puede que a veces se turbe en el futuro porque de la ejecución del contrato surgen diferencias lógicas, naturales e inevitables de la relación humana, esa empresa alemana que manda un técnico en base al contrato de transferencia de tecnología a lo mejor no manda el técnico que sea de la calidad que las partes pactaron en el contrato, a lo mejor la crisis internacional hace que ese contrato de financiación, o ese contrato de abastecimiento se ponga en peligro y es el momento del conflicto, es el momento de pesimismo, es el momento del debate. El abogado tradicional y mucho más en nuestros pueblos hispánicos piensa, cuando surge el conflicto, en esa solución que es la solución fisiológicamente natural y normal, la de acudir al juez; presenta su demanda o, en su caso, la querrela criminal ante los tribunales judiciales para que éstos decidan y diriman el conflicto, pero si esto es bueno porque tiene una fundamentación como reacción fisiológica del abogado, no tiene más fundamentación y ensalza la labor jurisdiccional de esos funcionarios abnegados y dedicados a la actividad jurisdiccional, porque tenemos esa confianza en ellos. La reacción lógica normal es, precisamente, poner en sus manos la solución del conflicto, pero a veces, y es el caso de los conflictos del comercio internacional, esta reacción siendo natural y fisiológica sin embargo no es racionalmente la más conveniente. En ese supuesto que poníamos de la fabricación en Nigeria o en cualquiera de los otros contratos de los cuales hablábamos, van a ser competentes los tribunales de Estados Unidos, de España, de Suiza y sobre todo los de Nigeria, ¿es que no hay algo que supere más que la pura nacionalidad?, ¿es que el comercio internacional hoy en día en 1979, en pleno periodo de cooperación internacional, se puede decir que funciona con una nacionalización? Los comerciantes no conocen barreras de nacionalidad, no se someten a un determinado ordenamiento jurídico, sino que por el contrario quieren que esa forma de proceder obedezca a la internacionalización de esas relaciones comerciales y quieren que el sistema de conflictos, el sistema de litigios supere también las barreras nacionales, porque muchas veces esas barreras nacionales son un impedimento para el entendimiento, para la solución de estos conflictos. Es entonces cuando aparecen junto a esa reacción que se ha justificado por las ventajas de acudir a la jurisdicción, los defectos que son graves en el comercio internacional de acudir a los tribunales, en primer lugar porque estos tribunales tienen un procedimiento que necesariamente tiene que ser un procedimiento lento, el juez es un funcionario, es una persona que no decide en cuanto a sí mismo, sino que va a imponer su sentencia en nombre del Estado, en nombre de la soberanía que la respalda en su actuación y por eso el juez tiene que tomar todas las medidas necesarias y convenientes para que se garanticen unos plazos, unas formalidades, una audiencia de cualquier persona interesada porque no puede después del Estado respaldar una sentencia, no puede garantizar con la fuerza de su "imperio", al-

go que no ha dado oportunidad a todos los ciudadanos de conocer. Esta es la razón por la cual el procedimiento judicial muchas veces se eterniza y se eterniza mucho más cuando se trata del comercio internacional. Cuando un juez de México necesita obtener unas pruebas, citar unos testigos, obtener unos peritos, etcétera, que están al margen de las fronteras mexicanas, tiene que solicitar al juez competente del país destinatario la colaboración a través de lo que venimos a llamar comisiones rogatorias, lo cual dilata extraordinariamente los procedimientos. Un juez madrileño que tiene que solicitar de un juzgado de Bonn cualquier citación de testigos tiene ni más ni menos que realizar la siguiente tramitación: elevar la comisión a la audiencia territorial, la audiencia territorial a la presidencia del tribunal supremo, el tribunal supremo español, al ministerio de justicia, el ministerio de justicia al ministro de asuntos exteriores para que el ministro de asuntos exteriores lo comunique al ministro de asuntos exteriores alemán a través del ministerio de justicia y de la jerarquía jurisdiccional llega esa tan manida ya carta rogatoria, comisión rogatoria, al juzgado de Bonn, quien después de realizar la correspondiente actuación que se solicita comunica, volviendo en regreso por toda jerarquía, al pobre juez de Madrid quien después de meses y en muchos casos de años, recibe la comunicación de la citación que el testigo ha recibido en el juzgado de Bonn. Ustedes comprenderán que el comercio internacional no permite esas dilaciones, y hablo por experiencia, ya que en mi despacho de Madrid existen procedimientos todavía en primera instancia que se iniciaron en 1965. Esa sentencia que dicta el juez en 1980 y que después será recurrida ante las audiencias y ante el tribunal supremo, es una sentencia quizá obtenida después de un brillante procedimiento jurisdiccional, pero es una sentencia que no soluciona el conflicto. Un conflicto de 1965 resuelto en 1980, no soluciona sino que complica mucho más la situación, por cuanto el empresario en cuestión puede tener una circunstancia muy diferente a las cuales se enfrentó en 1965. El procedimiento judicial siendo lento es además caro; tomen en cuenta la cantidad de profesionales que intervenimos en estos procedimientos y consideren los honorarios, piensen ustedes que las tasas jurisdiccionales en algunos países pueden ser tremendamente elevadas; por ejemplo, en Río de Janeiro, me hablaban de unas tasas de un 2% sobre cantidades elevadísimas, ustedes pueden comprender que un procedimiento en estas circunstancias se hacen extraordinariamente gravoso. Además, el procedimiento judicial es resuelto por un juez que tiene un enorme sentido común, es un juez de carrera que a lo largo de los años no ha podido especializarse en materias concretas porque día a día tiene que resolver pretensiones sobre los temas más variados; hoy es sociedades anónimas, y al mismo tiempo propiedad industrial; mañana es derecho de inquilinato, y al mismo tiempo el derecho del código de comercio o de propiedad intelectual, etcétera, por lo que al cabo del tiempo obtendremos una sentencia no por un experto, no por un especialista, sino por una persona que tiene sentido común, pero que tiene

una mentalidad muy propia del funcionario, es una persona que recibe expedientes, montañas de ellos cada día y que sigue su propia dinámica sin que haya cuestiones urgentes o menos urgentes, sigue la propia dinámica del proceder funcional. El arbitraje aparece en esta óptica como posible solución de los conflictos, porque entre las ventajas y desventajas de una comparación en el comercio internacional, entre la solución jurisdiccional y la solución arbitrada, muchas veces se insiste en la rapidez, se insiste en la costosidad, se insiste en el carácter especializado, pero se olvida una circunstancia que yo creo que es una de las más ventajosas del arbitraje: el procedimiento judicial es respaldado por el Estado y la seguridad jurídica exige publicidad. El juez tiene que convocar a todas las personas interesadas en el procedimiento que se está siguiendo en su juzgado y tiene que convocarlas porque así lo exige la propia seguridad jurídica, lo cual lleva consigo a graves daños para las propias partes. Como pueden ustedes concebir una discusión pública ante un juzgado de un contrato sobre secretos industriales, transferencia de tecnología, propiedad industrial, etcétera, a la larga perjudica a las propias partes que tienen interés en mantener la confidencialidad del procedimiento. Hoy en día, es un caso muy frecuente la participación de Estados soberanos y Administraciones Públicas en el procedimiento de arbitraje. Si la Administración Pública y el Estado soberano intervienen en el comercio internacional y se someten a procedimientos de arbitraje, es lógico que las partes interesadas en esa transacción no quieran ver convertido en un debate político, lo que es un conflicto comercial; la publicidad lo torna en un verdadero y auténtico debate político y ahí es donde entramos en el tema que nos ocupa: "el arbitraje". El arbitraje que es, como ustedes muy bien saben, esa institución en virtud de la cual dos o más partes en litigio someten a sus diferencias a un tercero a cuya decisión se comprometen aceptar y cumplir, el arbitraje en esta construcción es fundamental y substancialmente un contrato que suscriben las partes en litigio con el árbitro a quien designan para dirimir sus controversias, sus conflictos, sus diferencias. El arbitraje es ese acuerdo, ese convenio del cual el árbitro tiene sus facultades; el tercero imparcial no es un juez estatal, no está en impulsos de formalismos ni formalidades ni respaldos soberanos de ningún tipo, el árbitro lo es porque lo han requerido las partes y lo han designado. Por eso, las partes pueden conformar, a través del arbitraje, un instrumento mucho más rápido en cuanto a que el árbitro dicta su sentencia dentro de cierto plazo, mucho más económico puede serlo en cuanto que le fijan de antemano sus honorarios en el propio convenio de arbitraje. Si lo desean mucho más técnico, designan a una persona concreta como árbitro para dirimir los conflictos determinados, conflictos que si son de propiedad industrial acudirán al experto en la materia o si son de tema marítimo acudirán al ingeniero correspon-

diente en la fabricación de barcos o al arquitecto cuando se derrumba un edificio. Saben que acuden a esa persona porque reúne las circunstancias de capacitación, de experiencia, de conocimientos técnicos para decidir sobre la materia, en fin, el arbitraje puede ser una institución sumamente útil y eficaz. El árbitro que manifieste y dé publicidad a las diferencias sometidas a su decisión es un árbitro que tendrá probablemente que responder ante los tribunales, indemnizando en los daños y perjuicios que la publicidad ha podido ocasionar a las partes, porque éstas tienen interés en la confidencialidad, y este interés positivo consiste precisamente, en el hecho de que las partes no quieren lo que en la sentencia judicial se les da, que es una verdadera y auténtica sentencia de divorcio, sino que por el contrario, lo que las partes están de verdad interesadas en muchos casos fundamental y substancialmente en el hecho de que se superen los pequeños problemas que suponen fricción entre las partes; por ejemplo, que se señale cuál es el técnico correspondiente al contrato, cuál es el material, la cantidad, la cualidad prevista en el convenio de abastecimiento, cuáles son las obligaciones de las partes en la construcción de esa empresa que veíamos en un país africano, etcétera. Eso es lo que de verdad interesa a las partes porque tienen esa solución rápida para restablecer la colaboración conjunta de cara al futuro y lo que no quieren es una verdadera y auténtica sentencia de divorcio que los separe, se pretende el restablecimiento de esa vida en común mercantil. Sin embargo, decimos que el arbitraje puede ser una institución que reúna estas circunstancias, y resalto el "puede ser", porque no lo es en todos los casos, el arbitraje no es una panacea, es una institución que puede reunir estas circunstancias para llegar a ser un instrumento más adecuado al comercio internacional, pero no lo es siempre. Hay arbitrajes buenos y malos, hay algunos que duran más que procedimientos judiciales, hay otros que son más costosos. Igualmente, hay árbitros menos técnicos, más parlanchines que los propios jueces, el arbitraje es bueno o malo en función de que se utilice o no adecuadamente la técnica que interesa a las partes en litigio. Esto es precisamente lo que yo creo que es más interesante de resaltar en este Segundo Seminario Iberoamericano de Arbitraje Comercial Internacional, considero que más que quedarnos en la pura vanagloria de las ventajas del arbitraje, de las ventajas de determinadas instituciones o de determinadas reglas, lo que de verdad interesa es que desmenucemos, que entremos a considerar poco a poco, detalle a detalle esta técnica arbitral para que puedan utilizarla en el futuro cuando tengan necesidad de ello. Creo que, en concreto, hay puntos claves, opciones que ustedes tienen que realizar cuando se trata de utilizar el arbitraje comercial internacional: En primer lugar, la primera gran opción que tienen ustedes que realizar es la elección del protagonista central del arbitraje que es el árbitro. ¿Qué tipo de árbitro quieren ustedes para solucionar los litigios que les enfrentan?, ¿quieren ustedes uno, dos, tres, cuántos árbitros? En derecho español al menos el número par de árbitros hace el arbitraje nulo; por el

contrario, en el Derecho anglosajón, por ejemplo Inglaterra, lo normal es que sean dos árbitros, porque los dos tienen que ponerse de acuerdo y si no lo hacen tendrán que designar a un tercero para que decida la contienda. ¿Ventajas de uno sobre tres?, uno es mucho más expeditivo, mucho más rápido; tres, llevan a una composición, llevan a un diálogo, llevan a una negociación que muchas veces no es el resultado más justo sino que es el resultado producto de esa negociación. ¿Quieren ustedes un árbitro experto o quieren un árbitro jurista?, el experto es una persona que de verdad conoce la técnica sobre la cual tiene que decidir y por ello irá más rápidamente a la solución del litigio, el abogado es una persona que a través de los años ha conseguido un sentido común, un basarse sobre pruebas periciales con el sentido común que da la práctica y los años, de ahí que deben decidir si desean el arbitraje de un experto, o de sentido común sobre la experiencia que ese árbitro haya podido recoger. ¿Qué tipo de mentalidad quieren ustedes cuando eligen al árbitro que va a dirimir sus conflictos? ¿Quieren ustedes un árbitro procedente de nuestra área hispánica o por el contrario llevados un poco de la tendencia tradicional en el arbitraje comercial internacional van a parar ustedes en terrenos políticamente pseudoneutrales, como en Suiza o Suecia? La experiencia del arbitraje en terreno suizo suele ser nefasto, cuando se trata de un conflicto entre una empresa española, por ejemplo, y una empresa alemana, que se decide ante un árbitro suizo, puedo asegurarle que por experiencia he visto en muchos casos que hay una especie de presunción en favor de que si hay algún problema, de que si hay una falta de seriedad en el cumplimiento del contrato, es la empresa española la que efectivamente ha cometido este incumplimiento, porque ante el árbitro suizo existe la presunción de que nosotros los hispanoparlantes no somos tan serios como son las empresas alemanas, y ahí la importancia que tienen ustedes cuando se someten a un tipo de arbitraje, a un árbitro que lleva consigo un bagaje de mentalidad, de historia, de conocimientos, que lleva a decidir un arreglo a justicia y neutralidad, pero según su propia mentalidad. Han decidido ustedes los árbitros, pero quedan otras cuestiones importantísimas dentro de la técnica arbitral, ¿cuál va a ser el lugar del arbitraje? Ustedes dirán que es lo mismo arbitrar en un sitio o en otro; sin embargo, el problema es gravísimo; si ustedes eligen como sitio de arbitraje Londres o Zurich, el tipo de arbitraje es radicalmente distinto. En la ciudad de Londres, desde hace algunas semanas con la nueva *arbitration act* es extraordinariamente ágil, es con renuncia de todo tipo de recurso jurisdiccional, es con la no intervención de los jueces en el desarrollo del procedimiento y esto lleva a indudables ventajas, el comerciante cuando se somete a arbitraje se somete a una institución que le va a decidir con arreglo a los criterios propios del comerciante, es decir se quiere una decisión con la mentalidad propia del "hombre de negocios". Por el contrario, si ustedes van a arbitrar a Zurich, preparéense porque el arbitraje en el cantón de Zurich, único que no ha ratificado el convenio intercantonal de la Confe-

deración Helvética, se somete a las reglas de procedimiento locales, con lo cual tienen que seguir unos procedimientos formales extraordinarios y al final tienen el eventual recurso ante los jueces locales en cualquier caso. El arbitraje es un procedimiento que escapa al formalismo, de ahí la poca simpatía que se tiene por sitios donde está tan desmenuzado el procedimiento, por eso pongo en cuarentena las afirmaciones de mi gran maestro el doctor Briseño Sierra, cuando como gran procesalista sostiene que ha llegado el momento de establecer decisiones procedimentales y de procedimientos. La práctica del arbitraje huye de este tipo de precisiones, porque el arbitraje no es un pseudo procedimiento judicial, un procedimiento judicial malo y de segunda categoría, el arbitraje es otra cosa, es esa función de los hombres de negocios, esa solución que se dictan los hombres de negocios con arreglo a la propia mentalidad del contrato, metiéndose en la redacción y en el ambiente donde se suscribieron esos acuerdos, esos compromisos. Otra decisión que tienen ustedes que tomar, ¿cuál es la ley aplicable al contrato? No es lo mismo someter un contrato a una relación, a un sistema jurídico que a otro, piensen ustedes por ejemplo el que la venta de un barco se someta a legislación francesa o a la legislación inglesa: la legislación francesa por razón de orden público limita el periodo de tiempo de garantía; por el contrario, sí permite esa limitación contractual la ley inglesa. Si se someten a la ley francesa, saben ustedes que este tipo de limitación contractual es nula de pleno derecho y por eso si ese barco se hunde y provoca consigo, por ser un petrolero, determinadas consecuencias de polución hay una responsabilidad que, por una razón de orden público, según la ley francesa es inevitable aunque se haya dicho lo contrario en el contrato. ¿Cuál es la lengua que quieren ustedes en el procedimiento para resolver el conflicto? Si ustedes eligen el francés, el inglés, deben saber que están condicionando dejar al futuro extraordinariamente la decisión de su conflicto, porque tendrán, ya como medida, que contratar unos expertos en derecho y técnicos conocedores de la lengua en la cual se va a desarrollar el procedimiento y no es lo mismo el bagaje conceptual que tenemos quienes nos movemos en el área hispánica, que el bagaje conceptual de quien se mueve en otro tipo de área. Personalmente me encuentro mucho más satisfecho cuando el litigio entre una empresa española y una empresa alemana se ha resuelto por un árbitro mexicano, entre otras razones, porque me basta expresar ciertas palabras, sin necesidad de esas horas que me hacen falta para explicar a un árbitro francés o un árbitro suizo toda una serie de comportamientos, que a lo mejor al final no entienden porque son de otra mentalidad, pertenecen a otra forma de proceder, a otra manera de ver la vida. ¿Quieren un arbitraje artesanal o quieren lo que pomposamente viene hoy en día en llamarse arbitraje institucional o arbitraje administrativo? ¿Quieren ustedes ese arbitraje de una persona física a la que conocen y designan como árbitro por su circunstancia de integridad y capacidad profesional? Eligen al señor Fernández porque de verdad lo conocen y a él someten sus conflictos, o por el contrario

quieren que sus conflictos sean solucionados por una determinada institución, una y otra forma de arbitraje tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Someter el arbitraje al señor Fernández es mucho más rápido, da más confianza, parece que cuando se le conoce, se le designa en virtud de sus circunstancias personales, pero el señor Fernández es una persona física y cuando al cabo de dos años se plantea el conflicto en la ejecución de determinado contrato, el señor Fernández ha muerto, ha enloquecido, ha adquirido parentesco con el presidente de una de las sociedades en litigio, ha devenido abogado de una de ellas. En ese momento nos encontramos que cuando se plantea el litigio, cuando se plantea el conflicto, el señor Fernández o el señor Pérez no pueden proceder a cumplir su misión y el contrato se encuentra en el aire, porque en el momento de discusión, en el momento de acaloramiento las partes no son capaces de reunirse de nuevo y establecer que en lugar del señor Fernández sea el señor Pérez quien vaya a arbitrar sus diferencias, es el momento del calentamiento de posiciones y no se puede llegar a un acuerdo determinado sobre quién va a ser la persona que sustituya a la que eligieron en su día en el contrato. Por eso las ventajas de someter el arbitraje, sobre todo en cuestiones de cierta cuantía o en cuestiones contractuales dilatadas en el tiempo, a determinadas instituciones que tienen acreditado prestigio a lo largo de la geografía en la administración del arbitraje. Es ahí donde se entra otra cuestión muy importante que no se puede poner en duda y es la que se eligen estas instituciones llevados del prestigio, llevados de la confianza, llevados de la experiencia que esta institución lleva consigo, pero esto tiene ventajas e inconvenientes; si ustedes, por ejemplo, eligen la institución que se puede decir hoy en día como de mayor prestigio en el ámbito comercial internacional, que es la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, deben saber que están eligiendo un arbitraje que es lento y caro, lento porque tiene que pasar por una serie de garantías que la propia Corte quiere tomar sobre sí para no dictar laudos en su seno que después sean puestos en entredicho y caro porque los árbitros que la Corte utiliza son los mejores, por ello tienen una remuneración alta. El arbitraje de una u otra institución, el arbitraje de una u otra persona, tiene ventajas e inconvenientes, lo que se trata es que ustedes sean capaces de tomar estas opciones, estas decisiones para hacer que el arbitraje en cuestión sea el que responda a un instrumento más técnico, más rápido, más eficaz, más confidencial. Finalmente, considero que la gran ventaja del arbitrar es el propio respaldo de las partes que intervienen en el procedimiento arbitral; es el hecho de que las partes no se sometan a algo que les viene de la soberanía estatal, sino que se someten y garantizan con su propia palabra el procedimiento que ellos mismos articulan. El comerciante, y esto es un tema importantísimo cuando se analiza el procedimiento arbitral, es una persona que por hipótesis está habituado a cumplir su palabra. Por esto qué difícil es comprender con una mentalidad propia del práctico del arbitraje, todos estos conflictos que a veces los abogados en ejercicio creamos en torno a

esta figura. Los expertos en Derecho matrimonial que en su propio despacho ven día a día conflictos y más conflictos pueden tener el peligro de creer que el matrimonio es un permanente problema, el médico que ve enfermos que pasan por su consulta, puede creerse que lo normal en la vida humana es estar enfermo y no es lógico, no es lo normal. Lo habitual y lo normal dentro de la vida humana y dentro de la vida en común es que la cosa funcione con pequeños problemas y esos pequeños problemas son los que hay que solucionar y es por lo que se va al arbitraje, y de ahí que las estadísticas nos digan que el 90% de los casos de arbitraje de estas instituciones sean ejecutados voluntariamente por las partes, que el acudir al procedimiento de ejecución forzosa por vía judicial sea algo extraordinariamente excepcional. No enfoquemos con mentalidad del 10% el otro 90% que es lo habitual, porque en definitiva el compromiso es algo que el empresario está acostumbrado a cumplir.