

Arbitraje vs. Tribunales de Justicia: **pros y contras.**

Julián Aguilar
MBA Sevilla 2003

Hace poco, un antiguo alumno de San Telmo, empresario, amigo... y, sin embargo, cliente (o viceversa), me preguntó por mi opinión sobre si en un contrato que iba a firmar su empresa (de suministro a un cliente extranjero) era preferible someter las disputas a arbitraje o a tribunales. Le di mi opinión pero, riguroso como es, me pidió que la fundamentara. Por si a alguien le puede resultar de algún interés, a continuación, describo, con una simplificación grosera que ya me perdonarán los abogados, las ventajas e inconvenientes del arbitraje, especialmente pensando en supuestos en que la relación contractual tenga algún elemento internacional, aunque casi en su totalidad sea aplicable lo que digo a los supuestos nacionales. Que les sea leve.

Ventajas del arbitraje.

Adelantemos que algunas de esas ventajas, y aun supuestas ventajas, son matizables, y dependerán de los casos, cuantías, circunstancias. Incluso de los países. Por ejemplo, hay países en que acudir al arbitraje es mucho más normal, razonable y casi obligado que en otros, porque su sistema judicial no sea fiable o por su extrema lentitud, por citar sólo dos posibles razones. Vamos a ver estas ventajas sucintamente.

a) Elección de una jurisdicción "neutral".

No es que quien escribe dude de la imparcialidad de los tribunales ordinarios de justicia de los diferentes países (los ahora llamados "de nuestro entorno", que comparten nuestros principios jurídicos y de los que quepa predicar una seriedad en su hacer. Algo que lamentablemente

no se puede predicar de otros muchos países). Lo que se quiere decir, por supuesto, es que mientras que los tribunales elegibles -en caso de que elijamos tribunales- serán casi necesariamente los de una de las dos partes (que estará más familiarizada con sus procedimientos y reglas, en perjuicio comparativo de la otra parte), en cambio, en caso de convenio arbitral la jurisdicción elegible potencialmente será la que las partes libérrimamente prefieran.

Además, las diferentes legislaciones procesales de cada país, pueden no permitir mucha libertad a las partes para elegir qué tribunales de justicia serán competentes para dilucidar sus futuras disputas, mientras que sí suelen permitir esa flexibilidad si se elige arbitraje.

En consecuencia, la remisión contractual a un tribunal como sistema de resolución de disputas puede llevar a que el tribunal que acabe entendiendo de la materia no sea el que habíamos elegido de común acuerdo las partes, sino aquél que en función de la legislación aplicable al fondo del contrato, o en función de lo que la propia normativa procesal imperativa en materia de competencia, resulte ser el competente. Aún más, pudiera ocurrir que lo sean dos o más tribunales nacionales diferentes, lo que puede dar lugar a una cuestión de competencia previa (discusión de qué tribunal es competente), cuestión con larga, difícil, compleja solución. Algo importante cuando tiempo y sofisticación son casi sinónimos de carestía del proceso para las partes interesadas. Estas discusiones, normalmente, no se darían si las partes se sometieron a arbitraje. El tribunal arbitral (entre otras cosas, por interés pecuniario,

a qué negarlo) va a atribuirse la competencia, si el convenio arbitral fue válido y correcto.

b) Elección de los árbitros.

Por definición, uno no elige al juez que tiene que resolver un asunto en el que sea parte afectada. No puede hacerlo, ni sería bueno que pudiera. Sin embargo, en caso de arbitraje, sí cabe elegir a los árbitros, o participar de esa elección. En cuanto a cómo participar en esa elección, es fácil pero tiene diferentes modalidades:

I) En ocasiones, cada parte designa un árbitro y los dos elegidos nombran a un tercero, quien, normal y lógicamente, ejercerá las labores de presidente del tribunal arbitral.

II) En otras ocasiones, en que el arbitraje es ante un tribunal unipersonal, las partes tendrán que discutir (normalmente lo harán sus abogados) y decidir quién sea el árbitro (no es infrecuente que tenga que acudir a un tercero)

III) También resulta normal que en cortes





arbitrales con un listado de árbitros, las partes puedan elegir de entre ellos a quien consideren oportuno (y, en ocasiones, incluso proponer la inclusión de algún otro siempre que reúna los requisitos exigidos por esa corte)

Esta cierta libertad en la elección de árbitro, o participación en dicha elección, no debe ser entendida necesariamente como que se esté buscando un árbitro parcial. Lo que se suele buscar al nombrar directamente un árbitro es tener, al menos en la práctica pues en teoría no sería normalmente muy ortodoxo, un cierto acceso al tribunal. No es tanto influir en la decisión como conocer cómo está entendiendo el tribunal el asunto.

También se busca poder impedir que una persona determinada sea árbitro, es decir, su recusación. Sin embargo, de sólo no es necesario llegar a ello, pues en cortes de arbitraje serían los árbitros elegidos por las partes deben rellenar un formulario en el que declaren si tienen o han tenido

Por definición, uno no elige al juez que tiene que resolver de un asunto en el que sea parte afectada. No puede hacerlo, ni sería bueno que pudiera. Sin embargo, en caso de arbitraje sí cabe elegir a los árbitros, o participar de esa elección.

relación con alguna de las partes, etc, y lo acompañan con su curriculum, afirmando al final si, a la luz de esa información ellos mismos consideran que deben abstenerse o si, por el contrario, pueden entender del asunto. Por tanto, antes de que se forme el tribunal, las partes pueden opinar sobre la elección de los árbitros "de contrario".

c) Especialización de los árbitros.

Quizás convenga empezar dejando claro que quien escribe estas líneas siente por los jueces el mayor de los respetos. Y deben hacer su labor con frecuencia, con escasos medios. Pero, dicho eso, también debe quedar claro que, con cierta lastimosa frecuencia, el grado de especialización y de conocimientos concretos que en el ámbito de la jurisdicción civil (que incluye, claro, lo mercantil) tienen los jueces en nuestro país es "manifiestamente mejorable", y no por culpa suya, sino por imposibilidad física. Sería inhumano, ajeno a lo humano, que un mismo juez pudiera ser un experto en sustituciones fideicomisarias, propiedad intelectual sobre secuencias de genoma o software, titulaciones de activos y contratos de ingeniería, por ejemplo.

Las partes, lógicamente, elegirán un árbitro que sea experto en la materia que les ocupe. Y el árbitro experto comprenderá más rápida y correctamente la cuestión debatida y los argumentos técnicos y jurídicos, lo que ahorra tiempo y dinero a las partes, y aumenta las posibilidades de que el laudo sea razonable.

d) Confidencialidad.

El punto de partida es que "las sentencias judiciales son públicas, mientras que los laudos arbitrales no". Este tipo de solución, según criterio extendido entre las empresas que utilizan este sistema de arbitraje, tiene un carácter menos traumático. Es más, cuando la cuestión litigiosa ha sido resuelta por los tribunales de justicia, la posibilidad de restaurar los lazos comerciales anteriores se hace mucho más remota

que cuando el conflicto ha sido resuelto por un tribunal arbitral". Claro, que eso lo dice el boletín de las Cámaras de Comercio y Economía Social, que es parte interesada.

En procedimientos ante tribunales nacionales, aunque lógicamente depende de la legislación de cada país, suele ser posible que haya público y aun prensa. Esto no ocurrirá en arbitrajes, donde las partes pueden decidir que en ningún caso haya público ni prensa. Esto da más libertad a partes y abogados para expresarse, entre implicados y profesionales que van a entender la situación y no extraerán consecuencias perjudiciales para nadie. Podría ser muy perjudicial para la imagen de una empresa el que los medios de comunicación pudieran reproducir lo que se manifiesta ante un tribunal de arbitraje en algún supuesto, aunque sea precisamente la parte que tenga razón finalmente en el litigio. Además, las sentencias judiciales suelen publicarse, mientras que los laudos no acceden al público en general.

e) Coste.

Es discutible si un arbitraje será más o menos costoso que un procedimiento judicial. La respuesta que el abogado da, cuando el cliente le hace la pregunta, es tan típica como inevitable (y como desesperante para el cliente): "depende". De una parte, normalmente en un procedimiento judicial nacional, los honorarios del juez no los pagan las partes. En cambio, sí habrá que pagar a los árbitros, y en ocasiones no poco. Además, el coste del propio procedimiento, instalaciones donde se desarrolle el arbitraje, servicios auxiliares, honorarios administrativos, la secretaría, etc., hay que pagarlos, mientras que ni el mantenimiento de los edificios de los juzgados ni el sueldo del secretario del juzgado los pagan (directamente, al menos) las partes. La verdad es que un arbitraje supera en costo fácilmente a un juicio.

Pero no se puede olvidar un aspecto relevante que puede cambiar esa

conclusión: mientras que en el proceso judicial puede haber, y de hecho casi siempre hay, sucesivas instancias (con lo que los costos se van incrementando, pues los abogados van cobrando instancia a instancia), en el arbitraje no hay más que una instancia. Se acaba el procedimiento con el laudo y, como mucho, cabrá (hablamos del derecho español) recurso de nulidad ante la Audiencia (normalmente con pocas posibilidades de ser admitido a trámite y menos de triunfar), y un procedimiento, también judicial y no ya arbitral, para instar la ejecución del laudo.

f) Rapidez.

Esta es una ventaja indudable, en casi todos los supuestos. Por supuesto, un procedimiento arbitral se puede prolongar meses y aun más de un año en supuestos excepcionales, pero nunca va a ser tan largo -al ser el laudo firme y, por tanto, no haber más instancias salvo un improbablemente exitoso recurso de "apelación" que en España sería ante la Audiencia- como un procedimiento ante los tribunales ordinarios nacionales, dadas las diferentes instancias, tres o cuatro, que sucesivamente pueden ir revisándolo hasta alcanzar, con algo de (mala) suerte el decenio.

g) Ausencia o disminución de los formalismos.

No está claro en muchas ocasiones, y menos aún lo está para el lego en la materia (que normalmente es nada menos que el enjuiciado, demandante, demandado, quien se juega de verdad algo importante en el curso y resultado del procedimiento) por qué las cosas, los pasos, los trámites y aun las formas son los que son. Desde las togas y las puñetas hasta los "con la venia de su señoría", de perfecta justificación histórica que casi nadie recuerda (por desgracia) pasando por la separación física de juez, secretario, oficial del juzgado (por un lado, preferente), abogados y procuradores de las partes

(en un segundo lugar, enfrentados), partes, testigos, público (por otro lado, con entradas sucesivas en caso de testigos y peritos), etc., todo ello contribuye a infundir en el interesado, demandante o demandado, una sensación de ejercicio ritual oficiado por sacerdotes y acólitos, secta de la que no es miembro y a la que no entiende, que le tratan como a un ser inferior, ... y que, sin embargo, decide sobre cuestiones que le afectan a él más que a los seres elegidos.

Esto no ocurre normalmente en un arbitraje. Los árbitros, secretario, abogados, sin duda pueden ser más concededores del procedimiento que las partes, pero el procedimiento es bastante más informal, no hay frases rituales, no hay tanta rigidez. El interesado puede participar de una manera más flexible. Mientras que en un proceso ante los tribunales las partes y los operadores no pueden decidir cambiar el procedimiento, saltarse un trámite, alterar el orden, volver a un paso anterior,.... aunque hubiera acuerdo para ello, en cambio en un arbitraje sí es posible. Incluso, pueden las partes fijar un procedimiento, un "reglamento", ad hoc, específico para su caso.

h) Elección de idioma.

Resulta lógico pensar que los tribunales de justicia nacionales aceptan únicamente su propio idioma como adecuado para entender de, estudiar y resolver asuntos. Por tanto, si dos partes que no tienen un idioma propio común, firman un contrato y someten la controversia a los tribunales del país de una de ellas, inevitablemente, se habrán situado en diferente posición. Se quiera o no, una de ellas tendrá una mayor facilidad, rapidez de preparación y, probablemente, menor coste. En cambio, en caso de sometimiento a arbitraje, se puede elegir el idioma aplicable, que puede o no coincidir con el de alguna o ninguna de las partes en el proceso.

i) Obtención de una decisión susceptible de ejecución.

En cualquier momento a lo largo de la vida del proceso, éste puede quedar suspendido o terminado por el acuerdo de las partes. Pero, si ello no ocurriera, al terminar por la emisión del laudo, entonces, se produce un triple efecto sumamente relevante: primero, porque el resultado

final del proceso arbitral será una decisión vinculante y no una mera recomendación que las partes pueden aceptar o rechazar libremente a su entero criterio (como ocurre con la mediación); segundo, porque, aunque con limitaciones, el laudo será definitivo (no hay recursos a ulteriores instancias); tercero, porque una vez que se ha dictado el laudo, si el condenado no se allana a cumplirlo, es posible obtener su ejecución en forma directa por los tribunales, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional.

Desventajas del arbitraje

Lo anterior son las ventajas -en algún caso, supuestas o discutibles- del arbitraje. Algunas, como hemos comprendido, no son necesariamente características que no puedan existir en un procedimiento judicial. Otras no son diferenciales, pues se dan en ambas "vías". Otras dependerán de los casos. Pero, en esencia y en general, son ciertas. Sin embargo, también se pueden mencionar algunas desventajas o inconvenientes, además de la del coste, si es que llega a ser superior al de un procedimiento judicial, como ya vimos más arriba:

a) Límites a las facultades de los árbitros.

Normalmente, los árbitros dependen del respaldo del ordenamiento jurídico nacional para la ejecución del laudo (embargar una cuenta bancaria, confiscar bienes...) O para exigir la comparecencia de testigos a una audiencia bajo pena de multas o privación de la libertad. Muchas veces deberán actuar indirectamente, valiéndose del juez local.

b) Inexistencia de procesos con pluralidad de partes.

Otra característica que suele ser puesta de relieve como desventaja de los arbitrajes es que normalmente los tribunales arbitrales no suelen tener autoridad para ordenar la acumulación de acciones. Ciertamente, esto, que puede ser una ventaja o una desventaja, según los casos y los intereses concretos de las partes, es en cualquier caso una limitación.

Puede ser bueno para una (o ambas) de las partes en un proceso arbitral el no poder acumular acciones, por razones de confidencialidad o de estrategia procesal (en un arbitraje en que el demandante es el cliente de un contrato llave en mano

con el contratista como demandado, al demandado le interesará argumentar, por ejemplo que el retraso es imputable al cliente, porque de no ser así -ni fuerza mayor- será su responsabilidad y podrá sufrir penalizaciones del cliente; pero acaso, al mismo tiempo, el propio contratista sea demandante en un proceso arbitral diferente contra un subcontratista suyo, causante del retraso, y al que sí intenta aplicar penalizaciones. Tendríamos, por tanto, que en caso de acumulación de causas el contratista principal puede ser absuelto si al cliente no le dan la razón, o ser condenado, pero tener que pagar sólo subsidiariamente si el tribunal dicta que el culpable es el subcontratista, o tener que pagar el contratista, en todo o en parte, en función de la coherencia -en redacción y en cantidades de penalizaciones factibles- entre los contratos con el cliente y con el subcontratista. En cambio, si no hay acumulación de causas pudiera ocurrir que ganara ambos arbitrajes, con lo que no sería penalizado por el cliente, y, sin embargo, sí podría penalizar a su subcontratista).

Conclusión: ¿qué es mejor?

Pues, por supuesto, ... depende. En buena medida se podría deducir de todo lo visto más arriba. Pero, por dejar sentada nuestra opinión, si el contrato es entre dos empresas españolas, para una cuestión ordinaria de negocio en España, sin especial complejidad ni cuantía, probablemente sugeriría tribunales de justicia. A medida que se una un elemento de complejidad de la operación, necesidad de confidencialidad, cuantía, aspecto internacional, etc, iría aumentando la justificación de decantarnos por un convenio arbitral.

No es que quien escribe dude de la imparcialidad de los tribunales ordinarios de justicia de los diferentes países (los ahora llamados "de nuestro entorno", que comparten nuestros principios jurídicos y de los que quepa predicar una seriedad en su hacer.