

El arbitraje, hacia un nuevo paradigma jurídico*

Antonio HERNÁNDEZ–GIL
Catedrático de Derecho Civil
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Tomo parte en este acto, bajo el magnífico impulso del Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación creado por el Instituto Universitario de Estudios Europeos, del CEU, con ocasión de la entrega del Premio de Arbitraje Internacional, que, en esta su primera edición, ha concedido un ilustre jurado presidido por Evelio Verdera, maestro de todos en estas materias.

Es decir, se supone estoy aquí para ayudar a promover la cultura del arbitraje, aunque yo sea, sobre todo, un abogado de toga formado en el ejercicio diario ante los Tribunales. Así que trataré de “hacer méritos” y cuestionar que el arbitraje sea sólo un equivalente jurisdiccional; únicamente “otro modo”, quizás más expeditivo, de conseguir la resolución de un conflicto.

Como ya he dicho en alguna ocasión, creo que el arbitraje tiene un papel esencial en la transformación del derecho en esta sociedad global dinámica, en profundo cambio. Y en este sentido me quiero referir a un aspecto que no siempre se destaca: el arbitraje permite, tal vez mejor que la jurisdicción, la apertura del Derecho a la realidad social, con sus componentes técnicos y valorativos. Como secuela, el laudo arbitral probablemente es más parco en su fundamentación jurídica positiva, pero más previsible en su resultado decisorio que la sentencia, adecuándose de forma más plena a las expectativas de certeza que, cada vez más, imperan en nuestra sociedad.

* Intervención del profesor Hernández–Gil en la entrega del I Premio de Arbitraje Internacional del “CIAMEN”, El 16 de abril de 2008, en la Real Casa de Correos de la Comunidad de Madrid.

El Derecho de nuestro tiempo tiende a caracterizarse por el pluralismo en materia de fuentes.

Ya no estamos en la época de que los Códigos eran el centro del sistema jurídico; ni siquiera en la época de la “decodificación” de que habla Irti, donde el lugar de los Códigos civiles es ocupado hoy por la Constitución. Estamos en el tiempo de los particularismos locales y estatutarios (algo semejante a la larga y no sé si tan oscura época del derecho común en la Edad Media). En el tiempo de la regulación de la actividad económica y de las ordenaciones sectoriales a través de reglas de un alto componente técnico.

Frente a la disyunción clásica entre derecho imperativo y derecho dispositivo, vemos surgir el *soft law*: los códigos de conducta fruto de la autorregulación o de una regulación en cierto modo negociada y pactada con sus destinatarios. Se normativizan aspectos de las conductas y ámbitos de actividad empresarial que antes parecían dominios de libertad. El incremento de la normatividad se logra, en parte, a expensas de adelgazar la intensidad prescriptiva.

Ese pluralismo jurídico tiene un correlato importantísimo en el tipo de lenguaje normativo: el derecho necesita abrirse más a la realidad social, al mundo de las especificaciones técnicas y de los fines y los efectos económicos, a veces en una dimensión casi macroeconómica (como cuando nuestra Ley de Defensa de la Competencia habla, por ejemplo, del mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, o de sus obstáculos). Y esto se hace probablemente mejor con un lenguaje de principios que de normas concretas cerradas sobre sí mismas.

Stendhal mantenía que leer cada día el Código civil (el Código napoleónico) era un buen ejercicio de estilo, por el rigor y la contención de un lenguaje. Los viejos civilistas lo comprendemos.

En nuestro Código civil podemos encontrar maravillas de descripción geográfica: el art. 612, que se refiere al derecho del propietario de un enjambre de abejas a perseguirlo en el fondo ajeno por dos días consecutivos; el 613 sobre “las palomas, conejos y peces que de su respectivo criadero pasaren a otro perteneciente a distinto dueño” que “serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídas por medio de algún artificio o fraude”.

O espléndidos ejemplos de abstracción como, en general, los preceptos del derecho de obligaciones que, según Ihering, son la química

del Derecho: su fuerza lógica es tal que difícilmente pueden concebirse de manera distinta a como son “la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambos, si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado”, dice el art. 1450.

Pero hoy sólo con estos preceptos venerables no iríamos seguramente muy lejos. Desde luego, no me imagino al árbitro, en medio de un contrato complejo, ocupado mucho tiempo en desentrañar su sentido.

En la realidad práctica del arbitraje, en los laudos que ponen término a los grandes arbitrajes internacionales, tiende a haber una escasa presencia de normas. A veces no encontramos citado –no digo que no éste, subyacente, presupuesto– un sólo precepto positivo de derecho sustantivo.

Lo que suele haber son principios generales o los preceptos que los recogen: la buena fe, el levantamiento del velo societario, el valor de los actos propios, de la confianza generada en la otra parte, la adaptación del contrato a cambios imprevistos o imprevisibles de circunstancias (nuestra cláusula *rebus sic stantibus* o la más general onerosidad excesiva de las prestaciones –*hardship*– en los principios relativos a los contratos del comercio internacional, de Unidroit).

El legislador de 1889, a la promulgación de nuestro Código civil, viviendo el origen del principio de la separación de poderes, se habría escandalizado de este recurso a los principios generales del derecho puesto en manos de los jueces. Las normas positivas debían ser precisas y dejar el menor margen de discrecionalidad a los jueces encargados de su aplicación al caso concreto, como si ésta fuera una operación mecánica o puramente lógica.

De hecho, cuando en 1974 se modificó el Título Preliminar del Código civil para positivizar principios como los de la buena fe en el ejercicio de los derechos o la proscripción del uso antisocial o el abuso del derecho, buena parte de la comunidad jurídica se escandalizó. Parecía un exceso de confianza en el Juez ¿qué no harían éstos con la ayuda de principios tan generales que podían convertir en factor de decisión de un conflicto?.

La realidad no merecía tanto recelo. Pocos asuntos –algunos sí– se han decidido sólo con estos principios, aunque en muchos se haya recurrido a ellos para ponderar el valor negocial de las conductas y

ajustar el sentido de las normas al caso concreto. El Derecho se presenta, cada vez más, como una compleja red tridimensional, de fuentes, conceptos, preceptos, estándares de conducta, medidas y efectos que interaccionan de mil formas con la concretísima realidad social y económica.

En el derecho complejo de hoy la decisión del conflicto ya no responde fácilmente a aquel esquema silogístico en el que la norma hacía de premisa mayor, la descripción del caso de premisa menor, y el fallo de conclusión.

Pues bien, a ese derecho complejo, tridimensional y abierto se acomoda especialmente el arbitraje.

El que su componente normativo aparente sea menor no se debe, como malévolamente pudiera pensarse, a que si los árbitros son de distintas nacionalidades y el derecho a aplicar no es de la nacionalidad de todos, entonces los árbitros prefieren no profundizar en cuál y cómo sea el Derecho. Se trata de una característica estructural del arbitraje, más orientado a los principios que a las normas.

Y, correlativamente, si su componente normativo es menor, su componente fáctico, lo que individualiza el caso, es mayor. En el arbitraje se tiene mayor garantía de que la complejidad real del caso puede ser reproducida. Y los límites a esa complejidad son más estratégicos que materiales o procesales, como tiende a suceder en la jurisdicción.

La propia identificación y obtención de la documentación se convierte en objeto de la actuación arbitral y no es sólo una carga, en principio previa, del demandante.

La valoración técnica o pericial de los hechos tiene también mejor tratamiento. Las partes y los árbitros pueden auxiliarse con más facilidad (y con mayor coste) que el Juez de dictámenes u opiniones técnicas.

Incluso el derecho aplicable es, en muchas ocasiones, objeto de un examen de segundo grado por el Tribunal Arbitral, a través de dictámenes u opiniones traídas al arbitraje. El principio *iura novit curia* no rige como en el proceso, o rige de forma atenuada.

Como consecuencia, el árbitro maneja y organiza un material más elaborado. Las normas, en cuanto están, quedan más del lado de la actividad alegatoria de las partes, mientras que del lado de los árbi-

tros están los principios que conectan las normas con la realidad, que permiten valorar las conductas y que ordenan el discurso conducente al fallo.

Hay, si se me permite, más dialéctica y más lógica; y el balance entre el esfuerzo de las partes y el producto en forma de laudo está más equilibrado y es probablemente más previsible, como decía al principio.

Hay más un derecho haciéndose en la resolución que un derecho previamente hecho y meramente aplicado.

Se habla, con razón, del arbitraje comercial (sobre todo internacional) como el germen de una nueva *lex mercatoria*, con sus propios principios y reglas. Como yo no soy mercantilista, sino civilista, prefiero remontarme al derecho romano y ver en él, para comprender y ubicar la función del arbitraje en la conformación de un nuevo paradigma jurídico:

– El *ius gentium* emanado del *praetor peregrinus* para adecuar el viejo derecho civil quiritorio de sólo ciudadanos romanos a los conflictos entre extranjeros o entre extranjeros y ciudadanos romanos; una mezcla de buen sentido, respeto a lo convenido por las partes y proyección de las reglas del *ius civile* junto a principios generales como el de la buena fe.

– Y, sobre todo, el *ius honorarium* basado en los edictos del *praetor urbanus* y otros magistrados. Un derecho, como decía Papiniano, “*adiuvandi, vel suplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam quod honorarium dicitur*”, un Derecho cuyos criterios de decisión estaban más adaptados a las nuevas necesidades del tráfico y eran más permeables a la moral social y a la *aequitas*.

No voy a defender un arbitraje al margen del Derecho dado; pero sí debemos situarlo en una concepción dinámica del derecho, creándose cada día a través de las esforzadas resoluciones judiciales y arbitrales. El derecho antes como *quaesitum* que como *datum*.

Desde ese punto de vista, y en este Derecho en transformación, el arbitraje tiene, como decía, un papel esencial; heredero de aquellas instancias de innovación jurídica y adecuación a la realidad social que ya se han dado antes en la historia de nuestra cultura jurídica.

Tal vez, poco nuevo bajo el sol, como casi siempre sucede en nuestras disciplinas jurídicas. Lo importante, por un procedimiento u otro, jurisdicción o arbitraje, es la búsqueda de la justicia como valor supremo de nuestro ordenamiento, al que todos estamos vinculados y muy especialmente, nosotros los Abogados, que este es, en definitiva, el título con el que les he hablado. Muchas gracias.