

ARBITRAJE INTERNACIONAL Y PANDEMIA

BERNARDO M. CREMADES

Académico numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Abogado y árbitro

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones
Enero-mayo 2021 (1)
Págs. 15-24

La pandemia actual es verdaderamente una catástrofe mundial que nos ha sumido en una profunda crisis sanitaria, pero también económica y social. Este año hemos permanecido durante largos meses confinados. Nos ha cambiado la vida, pero hemos reaccionado eficazmente para poder continuar nuestras actividades profesionales con quizá mayor actividad que en circunstancias normales. La drástica reducción de viajes nos ha dado tiempo para concentrarnos desde el retiro obligado.

Los que nos dedicamos profesionalmente al arbitraje internacional no podíamos en un principio concebir nuestra actividad sin el frenético ritmo de viajes al que estábamos acostumbrados. ¡Cuántas reuniones habíamos asistido en que no merecía la pena el tiempo dedicado a los desplazamientos! En la distancia hemos continuado con quizá mayor intensidad que antes y sin duda con mejor aprovechamiento del tiempo.

El mundo del arbitraje internacional ha sabido responder al reto de la pandemia con una mejor utilización de la tecnología. Con razón se puede decir que en este año la tecnología de comunicación está dando pasos de gigante en materia arbitral. La comunicación vía *e-mail* ha fortalecido las relaciones con las partes y coárbitros; hemos comprobado la inutilidad de reuniones que

sólo fomentaban el turismo arbitral. La documentación, especialmente en los arbitrajes de construcción, se ha hecho ingente y sólo descansando en las empresas tecnológicas especializadas en el manejo de la documentación se puede digerir; la *discovery*, y muy especialmente la *e-discovery*, nos impide la eficaz labor decisoria sin esa gestión tecnológica de los documentos que acompañan a las pretensiones de las partes. La necesaria inspección ocular se ha imposibilitado ante las trabas sanitarias a los desplazamientos; la utilización de robots permite el control de materiales a distancia de las empresas constructoras; la puesta en marcha de drones especializados posibilita un seguimiento de las obras sin necesidad de la presencia física en la obra; en fin, la prueba se ha simplificado y facilitado en estos momentos tan difíciles. Diferentes plataformas, entre las que destaca la muy utilizada *Zoom*, nos permiten celebrar numerosas audiencias arbitrales y judiciales sin movernos de nuestro habitual lugar de trabajo.

No han faltado críticas y recelos ante esta nueva forma de llevar nuestra actividad profesional. Nuestra profesión tiene muy en cuenta la confidencialidad y por eso se ha cuestionado la fiabilidad de nuestras comunicaciones. La tecnología ha avanzado en esta garantía utilizando fórmulas de encriptación en este inseguro mundo donde hasta las máximas autoridades mundiales han recibido ataques informáticos.

Hasta hace bien poco éramos todos partidarios de la presencia física en el interrogatorio de testigos y peritos. Cuando alguno de ellos no podía comparecer físicamente, el tribunal arbitral podía excepcionalmente escucharle a distancia, pero siempre quedaba en el ambiente que las reacciones psicológicas de los interrogados no podían apreciarse como si hubieran estado presentes. Siempre me preguntaba por qué las transmisiones televisivas permitían ver los espectáculos deportivos o taurinos con mejor precisión que quienes se encontraban en el estadio o en la plaza de toros y, sin embargo, en nuestra actividad arbitral no le dábamos la misma credibilidad. Hoy la tecnología permite una transmisión multi-angular de la declaración testifical que permite captar reacciones psicológicas con igual o mayor precisión que si estuviera presente. La duda de quién se encuentra acompañando al testigo o al perito en el lugar donde testifica está solucionado por la transmisión a 360 grados, con amplia perspectiva de su ambientación.

El confinamiento nos ha obligado a adaptarnos y a superar nuestras limitaciones con un acertado uso de la tecnología. Pero, además, nos ha dado la oportunidad de frenar nuestra frenética vida y reflexionar sobre la forma en la que estábamos conduciendo el arbitraje. Hace ya muchos años que realizábamos ingentes esfuerzos para introducir en el arbitraje internacional, entonces tan dominado por el mundo anglosajón, criterios procedentes del Derecho continental. En las reuniones del *International Council for Commercial Arbi-*

tration (ICCA) levantábamos nuestra voz, aunque, hay que reconocerlo, con poco éxito. Seguimos trabajando en el marco de la *International Bar Association* (IBA) y logramos que en la primera comisión establecida para redactar las directrices sobre administración de la prueba se nos hizo ya algún caso. Hasta el punto de que su resultado fue presentado como un compromiso entre los diferentes sistemas jurídicos, especialmente entre el mundo anglosajón y el derecho continental. Lo cierto es que posteriormente y con el gran desarrollo que ha tenido el arbitraje internacional dicha reglas han sido utilizadas con frecuencia en la práctica de los procedimientos arbitrales. El paso de los años ha ido incorporando a los países de habla española y portuguesa al mundo del arbitraje y hoy en día se puede afirmar, con razón, que los árbitros hispánicos se encuentran entre los más valorados; igual sucede con los abogados que, si en un principio intervenían en procedimientos arbitrales ayudando a los grandes despachos anglosajones, hoy protagonizan en solitario procedimientos arbitrales internacionales. Llegados a este punto, cabe plantearse si el arbitraje internacional que estamos viviendo se ha judicializado en exceso, adoptando criterios y técnicas más procedentes del mundo anglosajón.

En esas nos encontrábamos hace algunos meses cuando de repente nuestras vidas se vieron paralizadas por los efectos devastadores de la pandemia. Ante una crisis sanitaria, económica y social de tal magnitud hemos tenido que reaccionar en nuestra vida diaria y en nuestras profesiones. En los meses de confinamiento estricto hemos adaptado nuestra forma de relacionarnos. En concreto, hemos continuado con los procedimientos arbitrales a distancia, de forma virtual, pero con la misma o mayor intensidad, si cabe, que en lo que hasta entonces era nuestra vida diaria. No solo nos hemos adaptado, sino que además hemos tenido tiempo para reflexionar sobre si el ritmo de vida al que estábamos tan acostumbrados debía cuestionarse. Al principio, dubitativos, y después confirmando que la pandemia ha venido para quedarse, siquiera una larga temporada, nos preguntábamos si tantos viajes, tantas reuniones presenciales, eran necesarios o por el contrario habría que adaptarse a las nuevas circunstancias. No faltan quienes, al cabo de unos meses, nos están convenciendo de que el ritmo al que estábamos acostumbrados quizá deba cambiarse.

Los que nos dedicamos al arbitraje hemos reflexionado en estos momentos de turbulencia sobre temas que, con anterioridad, dábamos por intocables. Es, pues, el momento de pensar a fondo sobre los cambios que estamos viviendo y los que debemos introducir en la forma de llevar a cabo la solución de los litigios por vía arbitral.

Cuando uno habla de la pandemia en el arbitraje internacional de construcción tiene muy presente el impacto que ha tenido y está teniendo en los proyectos de construcción y, consecuentemente, las repercusiones financieras. No faltan quienes en una aplicación estricta de las reglas del FIDIC (*Inter-*

national Federation of Consulting Engineers) dudan si nos encontramos ante lo definido en la subcláusula 19.1 como fuerza mayor, que incluye, aunque no con carácter exclusivo, los acontecimientos o circunstancias excepcionales que allí se describen. La lista de tales acontecimientos no es exhaustiva, pero algunos dudan de que la pandemia pueda incluirse a todos los efectos en la mencionada definición de fuerza mayor, teniendo en cuenta las consecuencias de extensión del tiempo contractual o del pago de los costes derivados de esas circunstancias excepcionales. Una interpretación de buena fe obliga a incluir los efectos de la pandemia como verdadera fuerza mayor a los efectos de las cláusulas contractuales de FIDIC, bien es verdad que priorizando las cláusulas especiales que se hayan podido pactar. De lo que no cabe duda es de que nos encontramos ante una gran catástrofe, a la que mucha gente atribuye efectos equivalentes a una tercera guerra mundial.

Pero mis reflexiones van más allá de una interpretación y calificación contractual de la pandemia. ¿Debemos seguir arbitrando como hasta ahora o el momento nos exige una reconsideración a fondo?

Hace pocos años llegamos al convencimiento de que los grandes arbitrajes en el mundo de la construcción empezaban a carecer de sentido. Cuando una obra se llevaba a cabo surgían problemas, que se iban acumulando; al cabo de algunos años, las partes se encontraban peleándose delante de tres árbitros sobre lo que había sucedido en las diferentes fases de la construcción. La aparición de los *dispute boards* nos abrió nuevos horizontes. En la fase de contratación se establecía un panel, normalmente compuesto por dos técnicos y presididos por un hombre de leyes, que regularmente asistía a las partes a medida que iban apareciendo los conflictos. Los miembros de ese panel acudíamos a la obra, muchas veces con botas y en medio del barro, para ver su evolución. El subsuelo es difícilmente verificable cuando la obra está terminada, por lo que resultó muy recomendable proponer soluciones parciales a medida que iba progresando la construcción. La experiencia ha sido muy buena en numerosos casos, en los cuales las partes tal vez protestaban por las decisiones que se iban emitiendo, pero al final se producía una negociación global; de este modo, se hacía innecesario acudir al arbitraje, ya que con frecuencia se aceptaban unas por otras las determinaciones que se habían dado a lo largo de los meses. Sin embargo, en bastantes casos se ha producido el desencanto de las partes por cierto abuso de los *dispute boards*. Sobre todo en grandes proyectos, las partes acudían ante el panel rodeados de todo tipo de asesores, técnicos y legales, que complicaban la deseable inmediatez; en algunos casos, los *dispute boards* se convirtieron en un pseudo-procedimiento arbitral, donde las partes ya no discutían hechos y problemas técnicos, sino que se enzarzaban en peleas legales. Este desencanto se debe en buena medida a una selección de los miembros

del panel no siempre acertada y a la conducta obstruccionista de algunas de las partes, que impedía la verdadera solución deseada.

Pero pasemos al arbitraje internacional. Una importante decisión que hemos de tomar es la de otorgar mayor importancia a la fase escrita sobre la fase oral o, a la inversa, a la fase oral sobre la escrita. Es bien sabido que el mundo anglosajón prima el elemento oral y que el Derecho continental se centra más en el escrito. El deseo de las reglas de la IBA de conciliar dicha disyuntiva en la práctica tiende a inclinarse, dentro de una integración equilibrada de ambos elementos, hacia la priorización de la fase oral.

Las partes tienen que enfrentarse a importantes opciones al poner en marcha el procedimiento arbitral. La fijación del lugar del arbitraje condicionará la actividad tutelar o controladora de los jueces estatales del lugar. Pero sobre todo la elección de los árbitros será determinante para el desarrollo del procedimiento; no es lo mismo designar como presidente del tribunal a un jurista anglosajón o a alguien con una cultura jurídica continental; no es lo mismo designar como entidad nominadora a la *London Court International Arbitration* o a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Bien es verdad que los árbitros experimentados en el mundo internacional no conocen barreras ideológicas; pero no cabe duda de que ese árbitro experimentado puede encontrarse muy condicionado por el procedimiento elegido por las partes o pactado con ocasión de la elaboración de la orden procesal núm. 1, en la que se detalla el quehacer arbitral. Hoy en día, pensando sobre todo en la era del arbitraje virtual, la fase escrita está adquiriendo un protagonismo antes desconocido.

La pandemia exige simplificación en la preparación del arbitraje. El mundo de los llamados arbitrajes paralelos o el de los arbitrajes multipartes debe simplificarse. Sobre todo, en el sector de la construcción, donde aparecen múltiples operadores que pueden entrar en conflictos para los que resulta mucho más conveniente una solución global que tiene difícil cabida en lo que hemos considerado hace pocos años como avanzadas regulaciones de la consolidación de los arbitrajes.

Igualmente, en materia de arbitraje de construcción todos somos conscientes de la importancia del suelo. Los contratos deben ser claros en la delimitación del deber de informar del propietario y del deber de informarse de los contratistas o subcontratistas. Estamos asistiendo también a un abuso de las variaciones al contrato; no es rara la negociación contractual con una estrategia a la baja para el contratista hacerse con el encargo y dejar para después una renegociación por vía de variaciones en vía judicial o en vía arbitral.

La pandemia ha acelerado el uso de la tecnología de comunicación en el procedimiento arbitral en todas sus fases. Empezando por la redacción de los escritos de las partes, debe cuestionarse la falta de claridad y concisión que observamos con frecuencia. En ocasiones, y sobre todo en materia de arbitraje de construcción, los escritos son excesivamente técnicos, olvidando que la función de la abogacía no es la del lucimiento del representante legal sino el intento de convencer a los árbitros, que con frecuencia no son expertos en la tecnología y pueden no dominar la terminología utilizada por los ingenieros. Los escritos se alargan repitiendo una y otra vez los casos precedentes; a menudo, los abogados se limitan a copiar decisiones arbitrales o judiciales, sin cumplir con la necesaria maduración que el abogado debe realizar para llevar el caso al convencimiento del juzgador. La nueva tecnología contribuye, sin duda, a la mayor claridad y concisión, sin perjuicio de los posibles reenvíos que se puedan realizar a lo largo del texto. Por supuesto, no debe olvidarse que hoy en día el soporte papel está perdiendo su importancia frente al soporte informático, y que el lector de uno u otro soporte puede utilizar técnicas de lectura y comprensión distintas. La transmisión de toda esta documentación se realiza hoy al margen de las enormes cajas que hace pocos años invadían nuestros despachos junto con la demanda o la contestación a la demanda de las partes.

En materia de documentación se ha desarrollado una importante tecnología que permite un manejo muy profesional de los documentos. La técnica del *discovery* se ha vuelto enormemente tediosa. No hay cosa más molesta en los tribunales arbitrales que la solicitud indiscriminada de documentos en el verdaderamente odiado *Redfern schedule*. Los árbitros deben resolver al comienzo del arbitraje si se acepta o no la entrega de determinados documentos sin que, por estar en una fase inicial del arbitraje, pueda conocerse la importancia de tales documentos solicitados respecto de las pretensiones de las partes. En esto, los juristas continentales hemos cambiado enormemente; hace algunos años, las solicitudes de documentación llegaron a ser consideradas como anticonstitucionales; en virtud del principio de *nemo tenetur se accusare*, no se podía obligar a la parte a presentar documentos que fueran en perjuicio de su situación en el arbitraje. Tanto hemos participado ya en procedimientos arbitrales, que las partes y sus asesores jurídicos hispánicos amenazan ya igualmente con el *due process*, que degenera en ocasiones en verdadera paranoia arbitral: si no se me conceden los documentos y los medios de prueba solicitados, insinúo al tribunal, más o menos veladamente, que la negativa puede suponer una violación del debido proceso, con la consiguiente amenaza de anulación del laudo arbitral. En particular con ocasión de la introducción masiva de documentos en el *e-discovery*, las partes se ven obligadas a acudir a empresas especializadas en la gestión profesional de los documentos. Solo así se puede conseguir que tales documentos puedan ser proyectados en la pantalla durante la audiencia

arbitral sin necesidad de que los árbitros pierdan el tiempo, no escaso, que nos requería hace algunos años encontrar todos y cada uno de los documentos referidos por las partes.

En materia de interrogatorio de testigos, la tecnología nos ha hecho cambiar también nuestras exigencias. Muchos entienden que el interrogatorio presencial de los testigos es de vital importancia. Así lo es sobre todo para aquellos juristas que han sido formados pensando en un Derecho procesal ante el jurado. Antes, cuando un testigo no podía comparecer por problemas por ejemplo de salud, el tribunal podía aceptar el examen del testigo por videoconferencia; no pocos árbitros entendían que ello privaba a los juzgadores de la inmediación que otorga la presencia física. Hoy la tecnología ha avanzado enormemente; la captación multi-angular del testigo en su declaración permite al juzgador analizar de cerca las reacciones psicológicas del examinado. La tecnología en apoyo del arbitraje está evolucionando y va a seguir haciéndolo, lo que nos permitirá superar prejuicios hasta ahora insuperables. Lo que sí es verdad es que los juristas continentales estamos cansados del *show* de algunos de nuestros colegas anglosajones cuando abusan de la *cross-examination*; la teatralización del proceso que han vivido los juristas anglosajones desde su formación en la universidad es muchas veces exagerada, y constituye una verdadera pérdida de tiempo que hoy, en una transmisión virtual, desmerece en su credibilidad; en esa teatralización los árbitros contemplan al examinador mirando más a la transcripción en la que permita posteriormente basar sus conclusiones, o, lo que es peor, al cliente presente en la sala, en lugar de intentar convencer sobre todo al tribunal con su argumentación.

Estamos igualmente asistiendo a un verdadero abuso en la presentación de peritos. ¿Son necesarios siempre los peritos legales? A veces sí, para temas concretos de Derecho extranjero; pero en la mayoría de los casos suponen una verdadera pérdida de tiempo, teniendo en cuenta el carácter de juristas de quienes componen habitualmente los tribunales arbitrales internacionales. Es muy importante el protagonismo del tribunal arbitral en el establecimiento del acta de misión de los peritos, ya sean de las partes o sobre todo si son nombrados por el propio tribunal. Los peritajes sobre retrasos en los tiempos de la construcción provocan con cierta frecuencia una confusión total en los árbitros con las llamadas ventanas críticas. Los expertos cuantificadores pueden llegar a la apoteosis en sus proyecciones del descuento del *cash flow* futuro. Por eso, es muy importante que unos y otros peritos presenten conclusiones claras para que el tribunal pueda optar entre una u otra conclusión y, en su caso, poder realizar con eficacia el careo entre quienes sostienen conclusiones dispares.

Las audiencias resultan interminables, repetitivas y nada clarificadoras. Ver a los abogados de las partes repitiendo y leyendo los escritos que presen-

taron en su día, y que los árbitros conocen, carece de sentido. Las audiencias virtuales que la pandemia nos está obligando a realizar están cambiando radicalmente la *advocacy* de las partes en la audiencia. En la fase oral los abogados deben ser muy claros y concisos en su presentación. Si las audiencias presenciales son tediosas, las audiencias virtuales pueden ser extenuantes. Seguir la presentación de las partes en una pantalla puede resultar agotador; si se alargan en exceso, puede ir en detrimento de la capacidad de convicción. Por eso, la audiencia virtual exige mayor capacidad de síntesis en la presentación de las partes y un buen dominio de la tecnología para combinar lo que se diga delante de los árbitros y la documentación que al mismo tiempo se proyecta en pantalla. Las dudas que la tecnología pudiera suscitar en el pasado sobre la confidencialidad en la transmisión de la audiencia tienen hoy respuesta en fórmulas que, encriptando la transmisión, refuerzan la confidencialidad del procedimiento.

Los laudos son excesivamente largos. Uno tiene la impresión de que los árbitros escriben para ser citados en el futuro en lugar de para resolver el problema planteado. Existe una gran discusión hoy en día en torno a la motivación de los laudos. El Tribunal Constitucional español entiende que un laudo arbitral no tiene las mismas exigencias de motivación que la sentencia judicial; dicho alto tribunal está recientemente cuestionando el carácter de los arbitrajes como “equivalente jurisdiccional”; efectivamente, el arbitraje por el laudo convierte la decisión en cosa juzgada, pero el procedimiento arbitral, a diferencia de la actividad judicial, se monta sobre la autonomía de la voluntad y no sobre la soberanía decisoria del Estado. Por eso, el Tribunal Constitucional español entiende que los jueces, cuando se solicite de ellos la anulación de un laudo, no pueden anularlo por deficiente motivación; la anulación de un laudo no es un recurso de apelación, por lo que el juez, en su labor de control de los laudos, no puede entrar en el camino decisorio de los árbitros, sino que debe mantenerse en su vertiente externa y solo para asegurarse de que se han cumplido las más elementales garantías del debido proceso.

No quisiera concluir sin hacer referencia a lo que bien se puede ya calificar como auténtico vodevil de las recusaciones de los árbitros. Recientemente leía en *Global Arbitration Review* que un Estado soberano había solicitado la recusación de todos los árbitros del tribunal porque habían mantenido la necesidad de que la audiencia programada en La Haya se realizara de forma virtual. Los árbitros argüían que las dificultades para viajar a Holanda y el riesgo para la salud de todos los que participarían en esa audiencia arbitral exigía que, para no dilatar indefinidamente el procedimiento, la realización de la audiencia se efectuara de forma virtual. Con enorme interés esperamos la decisión de esta recusación, que puede suponer un precedente importante para señalar

las facultades de los árbitros, en beneficio de la eficacia y celeridad del procedimiento arbitral.

El arbitraje internacional se ha complicado en exceso. Lo que nos encontramos cuando hace ya décadas nos iniciamos en el mundo arbitral era un procedimiento de solución de litigios desarrollado artesanalmente por nuestros maestros. Hoy contemplamos con cierto estupor una verdadera industria arbitral con todo tipo de protagonistas: árbitros, abogados de parte, instituciones arbitrales, peritos, testigos, empresas de muy diferente tecnología, editoriales, organizadores de eventos, etc. Por eso resulta reconfortante ver el resurgir de los principios generales del Derecho, sobre todo dada la generalizada aceptación que está recibiendo la labor realizada por UNIDROIT. No faltan laudos arbitrales en los que, ante la ausencia de cláusula contractual de selección del Derecho aplicable, los árbitros entienden que ese silencio contractual debe ser entendido como un deseo de las partes de que la decisión arbitral se efectúe acudiendo a los principios generales del Derecho, cuya aplicación, pues constituyen verdadera fuente del Derecho internacional, no convierte al arbitraje en un arbitraje de equidad. Cada vez más se extiende la jurisprudencia judicial y arbitral precisando este extremo: que la aplicación de los principios no lleva aparejada para el arbitraje la pérdida de su condición de arbitraje conforme a Derecho, en concreto conforme al Derecho internacional.

Nuestras autoridades nos indican que la enorme crisis sanitaria, económica y social va a permanecer con nosotros. El mundo del arbitraje no se ha parado ante este gran desastre mundial, sino que se ha reconvertido con la ayuda de esta nueva tecnología, aceptada hoy aun por quienes hace poco la rechazaban. Grandes crisis como esta nos demandan soluciones concretas para el día a día, pero también nos exigen una profunda reflexión, que todos hemos realizado, en mayor o menor medida, durante los confinamientos. El tiempo dirá si el arbitraje internacional que recibimos en nuestra generación como importado de los países anglosajones ha cobrado nueva vida entre nosotros. Entre tanto, seguiremos abogando por las reformas que requieren nuestras empresas, sus asesores jurídicos internos y externos y nuestros árbitros en el mundo, cada vez más importante, del arbitraje internacional.

