



I Foro Español de Arbitraje CCI
El arbitraje comercial y de inversiones. Novedades y avances
útiles para las empresas
21 y 22 Septiembre 2015

Dos días intensos de reflexión sobre el arbitraje como mecanismo principal para solucionar los problemas de las empresas en sus relaciones comerciales internacionales. Organizado conjuntamente por el CIAMEN de la Universidad San Pablo CEU y el Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, en el Aula Magna de la primera, el acto se inauguró por la Decana de la Facultad de Derecho de dicha universidad, D^a. Ana Belén Campuzano, por el Dr. José María Beneyto, Director del CIAMEN y por el Secretario General Adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, José Ricardo Feris.

El elemento distintivo de este Foro ha sido la participación de abogados de empresa de sectores bien diferentes (hoteles, banca, farmacéuticas, constructoras, energéticas) junto con la participación de destacados abogados de despachos que asumen la defensa de los intereses en pleitos arbitrales o la de reconocidos árbitros internacionales.

Al iniciar, José María Beneyto recordó unas palabras del Presidente estadounidense Taft, que auguraban que el siglo XX sería el siglo del arbitraje –y que él promovió concluyendo muchos Tratados con arbitraje– y que contrasta con la paradójica situación actual, en que la negociación entre la Unión Europea y Estados Unidos por el TTIP, cuyo nombre cubre la protección de inversiones, está contaminando todos los Tratados comerciales.

José Ricardo Feris, por su parte, puso énfasis en los esfuerzos de todas las instituciones arbitrales (y en especial la Cámara de Comercio Internacional), en los últimos 5 años, por mejorar el arbitraje atendiendo las necesidades de sus usuarios y adaptando sus reglamentos al mercado. Así, se han incorporado reglas para los arbitrajes complejos (consolidación, multiparte, incorporación de parte), el árbitro de emergencia o se han creados pautas para la conducción eficaz del arbitraje (en tiempo y costes), hasta prever sanciones para los que no cumplan ese planteamiento.

El éxito de la CCI ha sido seguido por reformas similares de otras instituciones y las suspicacias actuales vienen más de terceras partes no implicadas en arbitraje, especialmente en los arbitrajes de inversiones, que sólo son un 10% de los casos en manos de la CCI. Por es normal, aceptar que se deba iniciar una reflexión para mejorar la percepción pública del arbitraje. En la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, la elección de un nuevo Presidente, Alexis Mourre, en julio pasado, comporta 4 objetivos:

- a) Más transparencia: seguridad en la adopción de las prácticas de la Corte.



- b) Mayor diversidad: Hombres, mujeres, nacionalidades entre los miembros de la Corte.
- c) Eficiencia: Penalizar al árbitro que se demora.
- d) Corte verdaderamente internacional: Sedes en 3 continentes y 140 países.

La siguiente Mesa, moderada por José María Beneyto, tenía como participantes a Seguimundo Navarro (Crowe Horwath), Gaëtan Verhoosel (Three Crowns) e Íñigo Iruretagoiena (Universidad del País Vasco) y dos grandes temas: el TTIP y la conveniencia o no de una doble conferencia o encuentro del árbitro con las partes a lo largo del arbitraje. Este segundo punto entra dentro de la necesidad de mejorar la gestión del arbitraje, reduciendo tiempo y costes y garantizando que el laudo final sea ejecutable.

Seguimundo Navarro destaca que la iniciativa de la CCI es seguida por otras instituciones arbitrales, que ya introducen procedimientos abreviados y superabreviados, el interrogatorio conjunto de testigos, y prefieren árbitros únicos en casos pequeños o estudian la financiación de los costos del arbitraje por terceros para garantizar su acceso a todos los afectados.

En la ejecución del laudo, Seguimundo Navarro se alegra de la introducción en España de un Juzgado, el 101, que funciona bien, incluso para la designación de árbitros por tribunales en el espíritu de apoyo al arbitraje de la normativa española. Ejemplo de ello es que el caso de Víctor Pey vs. Fundación Allende contra Chile (ICSID case ARB/98/2), del CIADI, ha sido ejecutado sin necesitar “*exequatur*”¹.

Íñigo Iruretagoiena estima fundamental una actitud pro-arbitraje, sin necesitar inventar cosas nuevas si las existentes sirven, con claras ventajas (eficiencia, especialidad, economía). Cree que el arbitraje comercial no está en entredicho y que el desafío para su consolidación es la colaboración entre tribunales internos y arbitrales.

A Gaëtan Verhoosel, por su parte, le preocupa la inercia de árbitros y abogados, en el contexto del coste y duración de los arbitrajes. Hay que superar la lista de 20 árbitros prestigiosos a la que todos tienden y que demora el nombramiento o dificulta su actuación, Hay que prepararse el caso a conciencia desde el primer momento, eliminando pruebas o testigos irrelevantes con las que luego se entierra al tribunal arbitral. Hay que evitar las objeciones simplemente dilatorias o las recusaciones frívolas. Hay que disciplinar a los árbitros y no permitir que usen su plantilla, modelo o “*template*” de Orden procesal no. 1, sino que elaboren una a medida del caso. Por ello, cree que tras decidir las fechas básicas en la “*case management conference*”, es bueno tener un segundo encuentro presencial, un “*case review conference*” o “*Kaplan opening*”², conferencia tras la primera ronda de escritos, ya con los argumentos sobre la mesa, en que se oriente a las partes. Hay quien estima que si el árbitro da su visión inicial puede ser tomado como prejuicio sobre el fondo, pero él no comparte ese temor, si no importante es la

¹ *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2014), Vol. 6, Nº 1, pp. 414-430.

² Kaplan, Neil. “If it ain’t broke, don’t change it”. (2014) 80 *Arbitration*. Issue 2. http://www.arbitration-icca.org/media/3/14050030194870/kaplan_if_it_aint_broke_dont_change_it.pdf



eficiencia. Por lo mismo, el comportamiento poco ético de una parte o la objeción frívola se puede solventar con laudos parciales sobre costes de esas pruebas innecesarias o esas objeciones.

José María Beneyto no está seguro de la utilidad de esos laudos parciales con finalidad monitoria.

Josep María Julià estima que la comunicación por medio de una interlocutoria de las costas de ese incidente frívolo, o pedir una provisión a la parte que solicita el incidente, ya en sí mismo, es un mensaje.

Seguimundo Navarro entiende el miedo del abogado que no agota su batería de argumentos, incluso los más peregrinos, ante clientes que buscan una lucha sin cuartel, aunque en su experiencia ese tipo de segundo encuentro fue muy útil, al reducir pruebas y testigos. Es más fácil hacer algo inútil que luego tener que justificar ante el cliente su inutilidad, aunque Gaëtan Verhoosel estima que la presión del cliente no suela ser extrema, y que no justifica casos como uno actual, en que ha visto 10 peticiones frívolas en 4 meses y un laudo parcial sobre cada punto.

Álvaro López de Argumedo, presente en el público, justifica la práctica de pedir más de lo realmente deseado para obtener luego menos, pero más acercado a las propias pretensiones reales, lo que algunos llaman “anchoring” o anclaje de la cifra de referencia en el subconsciente del árbitro. Por lo que parece, en estudios empíricos que menciona el profesor Iruretagoiena, se gana una parte importante de los que se pide si se pide mucho. Además que luego es muy difícil que los peritos, aplicando los mismos criterios –como el de “discounted cash flow”– lleguen a una misma cifra.

Pascual Sala opina que el problema de pedir más de la cuenta es algo que se da igualmente en la jurisdicción ordinaria, a veces sin concretar peticiones porque los letrados no se leen hasta el final la totalidad del asunto.

María Mercedes Tarrazón alerta del peligro de las piezas sueltas, que permitirán a la Corte Internacional de Arbitraje juzgar y valorar al tribunal y su trabajo en curso.

Juan Fernández-Armesto teme que tanta conferencia puede ser vista como un paso hacia la bifurcación, y no ve recomendable bifurcar en procedimientos con muchas peticiones peregrinas, parciales, sobre el fondo, por el miedo a enconar más el procedimiento o a abrir las puertas a la jurisdicción ordinaria. Su consejo es fijar una fecha, a meses vista, en que debe hacerse la vista final, y amoldar a ese límite todos los demás actos procesales, porque así se tiene el laudo en plazo. Además, sugiere que si se conceden bifurcaciones del procedimiento para laudos parciales se añada en la concesión que “las costas de este incidente irán a cargo de la parte que pierda”, lo que puede desanimar peticiones innecesarias.



Algo así le pasó a Álvaro López de Argumedo, que ganó el incidente pero perdió luego el caso que provocó incidentes de este tipo.

José Ricardo Feris, por su parte, aclara que ambas conferencias son posibles en el nuevo Reglamento de arbitraje CCI del 2012, pues caben tantas como sea necesario. Y, si bien, eso puede burocratizar el arbitraje, también lo puede simplificar. En Alemania y Suiza hay una cierta tendencia a usar esa franqueza del árbitro tras una primera oleada de argumentos, en una segunda conferencia con las partes. Anuncia para enero un informe de un grupo de trabajo sobre las decisiones sobre costas, y aconseja anunciar en la Orden procesal no. 1 los criterios de carga de las costas.

Igualmente, recuerda que la característica distintiva de la CCI es que no se limita a una lista de árbitros ya contrastados. Aunque sabe de propuestas para poder valorar la obra de los árbitros al acabar los casos, publicando sus nombres si se publica el laudo, lo que responde a una pregunta del público sobre la frecuencia de sanciones del tribunal.

En lo referente al TTIP (Alianza Transatlántica, Tratado de Comercio e Inversiones ahora en negociación entre la Unión Europea y Estados Unidos), Iñigo Iruretagoiena sintetiza el punto clave del debate: la expropiación, las medidas de efecto equivalente y el maltrato manifiesto que pueda suponer dicha medida de poder público contra la propiedad privada extranjera.

José María Beneyto cree que el debate es ahora capitalismo/anticapitalismo, especialmente tras el caso Vattenfall³, y se refiere al último documento de la Comisión Europea, que abandona el arbitraje para proponer un sistema permanente de Corte Internacional de inversiones inspirado en el sistema de solución de diferencias de la OMC. En su opinión, los estadounidenses no quieren mecanismo de apelación.

Iñigo Iruretagoiena recuerda que esta materia fue comunitarizada en el 2009 por el Tratado de Lisboa, y que en el 2010 la propia Comisión no renunciaba al arbitraje de inversiones. Ahora, en cambio, en los borradores de Tratados con Canadá y Singapur, y quizá por la oposición del Parlamento Europeo, la propuesta ha sufrido un viraje. Ahora proponen jueces permanentes para evitar incoherencias en las decisiones, piden transparencia, asumen críticas que confunden como enemigo al arbitraje de inversión y de un plumazo retiran el arbitraje de inversiones. Pero árbitro o juez deberían simplemente aplicar la norma y ésta debería dar el mismo resultado –salvo que se crea que el árbitro siempre decidirá a favor de la empresa–. Por otro lado, también hay contradicciones en las jurisdicciones nacionales o internacional, como se puede comprobar contrastando los casos Iberdrola⁴ y Tecu⁵ o los laudos contra la República Checa, por lo que no resulta necesario tener un mecanismo de apelación.

³ ICSID case ARB/09/6. Vattenfall AB contra la República Federal de Alemania. Laudo de 11 de marzo del 2011.

⁴ Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/09/5.

⁵ TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23.



En su opinión, el arbitraje de inversiones y el comercial no tienen nada que ver. En el primero se aplica Derecho Internacional Público.

José María Beneyto se pregunta si al aplicarlo ahora a países desarrollados –algo que quizá no era lo que se imaginaba al incluirlo en los Tratados de protección de inversiones, quizá es una extralimitación.

Iñigo Iruretagoiena lo corrobora y recuerda que en el marco del NAFTA o TLCAN, por ejemplo, un árbitro manifestó que si se hubiera previsto una demanda contra Estados Unidos, el Congreso de ese país no hubiera ratificado el Tratado. España, mientras tanto, dispone de 70 Tratados bilaterales de protección de inversiones.

Tomás Abadía, desde el público, estima que esta misma sorpresa es la que da pie al caso Bernard Tapie en Francia⁶, con lo que los Estados descubren haber asumido obligaciones importantes. De ahí, opina, la querencia hacia los paneles de la OMC, en los que cuando la Unión Europea se ha enfrentado a Estados Unidos suele ganar los casos.

José Ricardo Feris comparte esa explicación del miedo de los Estados a dejar de controlar el proceso. En su opinión, un árbitro puede equivocarse sólo una vez, porque de hacerlo mal no será escogido para una segunda vez. En cambio, con jueces permanentes, eso no ocurre. Otros manifiestan su preocupación por efecto ejemplar que puede tener el TTIP.

Gaëtan Verhoosel lo expresa con otras palabras: se ha producido una regresión en la protección de la inversión. Además, dado su paso por el órgano de solución de diferencias de la OMC, recuerda que hace años las manifestaciones radicales eran contra ese órgano, ahora modelo de la propuesta europea. Una propuesta algo pintoresca, pues espera que los jueces preseleccionados –por la Comisión, no por el inversor– estén disponibles si se les paga 2.000 € al mes. Igualmente, en la propuesta de la Comisión Europea, y sin tener reglamento interno, se remite al Convenio CIADI, de Washington de 18 de marzo de 1965, para la ejecución, pero es discutible que terceros países ejecuten esas decisiones, que no serán laudos.

Tras una pausa café de 30 minutos, se inicia la segunda Sesión, moderada por el Dr. Jordi Sellarés, Secretario General del Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional quien busca explicar por qué es conveniente acudir al arbitraje CCI por parte de las empresas y para ello tres empresas diferentes han aceptado explicar sus casos y sus planteamientos.

En primer lugar, Eva Rosal, de HIPRA, una empresa farmacéutica para animales de engorde de Girona/Gerona, explica que el cliente, a ojos de los abogados de empresa, es la dirección general y los accionistas. En general los clientes no suelen entender el uso del arbitraje. Pero tras aclarar su eficacia, rapidez y el efecto minimizador de daños o facilitador del cobro, se superan los resquemores. HIPRA exporta el 70% de su producción al extranjero.

⁶ CDR Créances Consortium de Réalisation contre Selafa MJA, Me Didier Courtoux, Monsieur Bernard Tapie et Madame Bernard Tapie. 7 de julio del 2008.



Su experiencia deriva de un impago de producto por parte del distribuidor en la República Popular China. El contrato, que había funcionado durante 15 años, estaba en inglés y en chino, establecía una cláusula arbitral de dos opciones. Siempre se realizaba el arbitraje en el domicilio del demandado, porque lo que se buscaba era garantizar el cobro del laudo. Si se demandaba a HIPRA, era en Barcelona con arbitraje CCI. Si se demandaba al distribuidor chino, era en chino, en China, según el sistema CIETAC y aplicando su derecho. Así, si HIPRA perdía, los chinos tenían que venir a España a cobrar. Si ellos ganaban en China, el cobro de la deuda china sería más fácil de ejecutar. Así, al decidir terminar la relación contractual, en el 2009, se inició el arbitraje en China, en chino, con árbitro chino y aplicando su derecho y en octubre del 2010 ya tenían un laudo a su favor por 1.200.000 US\$. Los honorarios del abogado chino ascendieron a 35.000 US\$ y la tarifa del CIETAC fue de 30.000 US\$. Aparte de los gastos de viaje y estancia a China, para supervisar el caso, la experiencia resultó claramente positiva. Los Juzgados no pueden llegar, en su opinión, al grado de especialización o peritaje necesario que sí ofrecen los arbitrajes. Además es confidencial. Sin embargo, para asuntos de cuantía inferior a 150.000 US\$ no suelen preferir el arbitraje.

Por su parte, Juan Ignacio Pardo, jefe de la asesoría jurídica de Meliá Hotels International, una empresa cotizada en bolsa desde 1996, mallorquina, con 350 hoteles en más de 40 países, arranca su intervención respondiendo a dos preguntas. ¿Arbitraje? Sí. ¿Institucional? Sí. ¿CCI? Depende. En algunos casos, acuden al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo como por ejemplo para pleitos sobre marcas. En inversiones acuden a Londres (LCIA), si la contraparte no es británica.

En su experiencia, la cláusula arbitral es la que se decide a medianoche, al final de la negociación, que los ejecutivos ni se miran porque lo esencial ya está recogido en el contrato. A veces ni siquiera eso. Recuerda un caso referido a una inversión en Omán. El arbitraje era UNCITRAL en El Cairo. El contrato no se firmó. Simplemente se habían cruzado borradores. Sin embargo, el tribunal arbitral –en el que estaba Juan Fernández-Armesto– se arrogó el caso, asumiendo una voluntad de las partes derivada de los borradores. Para minimizar los daños, y evitar una condena en rebeldía, aunque las pretensiones de la otra parte era descabellada, lo mejor era acudir al arbitraje. Además, la infraestructura judicial local no inspiraba más confianza.

Incluso si la cláusula indica una cosa, las partes pueden reconducir la cuestión a una situación que facilite la participación en el pleito. En 1999, en un arbitraje CCI en Italia, la cláusula pedía arbitraje en inglés en París aplicando derecho italiano. Sin embargo, en 2005, al surgir el pleito, excepcionaron la cláusula: el arbitraje fue en Roma, en italiano y aplicando su derecho, lo que permitió utilizar abogados locales. Además, Melia ganó el caso, contra la propiedad. En su experiencia, para cada caso concreto lo mejor es acudir a abogados externos, porque a diferencia de los internos, que son muy tolerantes con los ejecutivos internos, los de fuera son más eficientes y logran disciplinarlos. No es necesario que sean los mejores procesalistas para



los escritos, pero prefiere que la articulación de la prueba sea sensata y evitando el “Discovery” en la medida de lo posible.

Juan Ignacio Pardo expresó su recelo por la creciente “anglosajonización” del proceso. Dieciséis años atrás, la prueba en los pleitos arbitrales era la clásica europea, en que se debía demostrar la culpabilidad de la otra parte con los elementos que estuvieran en poder de cada parte. Ahora, en su opinión, se ha invertido y hay que demostrar la inocencia, llegando a tener que aportar un billete de avión a San Francisco que demuestre la participación de un ejecutivo en una reunión.

Su consejo es intentar siempre evitar la patología de cláusula, y para ello lo mejor es acudir siempre al arbitraje institucional, con reglas preestablecidas, con secretaría y tarifas claras. En algunos arbitrajes “ad hoc”, si por ejemplo se pide un censor jurado de cuentas, es posible que la institución no exista en otros países, lo que genera muchos problemas. La CCI, además, tiene revisión final del laudo, lo que lima los riesgos de laudos complejos para grandes reclamaciones dilatadas en el tiempo. Reconoce que el inconveniente es que tiene un coste, pero éste no es comparable con perder un litigio en una jurisdicción ordinaria, y al final, la factura de los abogados suele ser más alta que los honorarios de los árbitros–.

Si hay que acudir a un arbitraje “ad hoc”, la tabla de salvación es el reglamento UNCITRAL. Lo aprendió en Omán, donde el margen para las bromas es escaso, y la normativa aplicable era la Sharía. Salvo que la alternativa preferida sea ver una sucesión generacional al frente de la empresa.

Los ejecutivos no suelen entender que el árbitro nombrado debe ser independiente, aunque lo haya nombrado una parte, y que –por tanto– no es “nuestro árbitro”. Esto se evita en el arbitraje institucional, que además ofrece mayor disponibilidad.

Entre las cuestiones que cree que está pendiente resolver destaca la de las medidas cautelares y la tendencia confusa en los arbitrajes de inversiones. Así en un caso en Perú, con una disputa entre socios que termina con un laudo favorable en arbitraje local que la otra parte lleva a los tribunales para pedir su nulidad. El caso se va ganando –no se anula el laudo– y va subiendo escalones en los tribunales peruanos, llega a la Sala 4ª de su Tribunal Supremo, y luego pasa en amparo como Tribunal Constitucional. En lugar de ordenar revocar las sentencias anteriores, anular el laudo y permitir que se reinicie el procedimiento arbitral desde su inicio, lamina al arbitraje al entrar a valorar el fondo de la cuestión litigiosa. Así judicializa el asunto. Hay recurso que está pendiente de resolución. Pero puede bloquear otros 13 arbitrajes. Es una tendencia en países en vías de desarrollo, por motivos puramente locales.

Javier Gutiérrez de Cabiedes, de la asesoría jurídica de Caixabank, ofreció una explicación muy práctica de los motivos que su entidad, como usuario, tiene presentes al decidir si incluye o no el arbitraje en sus relaciones contractuales. Normalmente emplean cláusulas híbridas, y los contratos en los que se usan pueden ser de implantación (en España y en el mundo, ya sea de



CEU

Instituto Universitario
de Estudios Europeos
Universidad San Pablo

CIAMEN

Centro Internacional de
Arbitraje, Mediación y Negociación



SPAIN
INTERNATIONAL
CHAMBER OF COMMERCE

participadas o acompañando clientes), los contratos de derivados financieros –pero no con consumidores–, los contratos de cobertura, los contratos de financiación, las operaciones corporativas y las cartas documentarias. La ejecutividad del propio instrumento suele quedar fuera. En su opinión, en el peor de los casos, con la cláusula arbitral, se regresaría a la casilla de salida.

Los motivos para optar entre las diferentes instituciones arbitrales van desde evitar sedes arbitrales en jurisdicciones de riesgo (que puedan suponer el bloqueo del arbitraje “*ad hoc*”, las dificultades de las medidas cautelares o la anulación del laudo), a decidir cuándo aceptan las cláusulas arbitrales (en qué contratos, con la matriz o con la filial) y qué institución parece la más propicia (coste, calidad) para cada caso. Es cierto que muchas veces la cláusula arbitral (o la de jurisdicción y ley aplicable) es una “cláusula de medianoche”, que para los que se dedican a negocios sólo debe ser algo que no salga de los parámetros del mismo negocio. De ahí que coincida con los oradores que le han precedido en la necesidad de una cierta pedagogía a la propia dirección (¿Por qué la incluimos? ¿Qué riesgo supone? Es partido único, y puede que si sale mal el resultado no satisfaga).

En su experiencia, el análisis debe ser integral, comprendiendo el tipo de arbitraje, la sede del mismo, la ley aplicable, las garantías de que se podrá ejecutar lo juzgado, el mecanismo para anular el laudo e intentar que sea a doble partido. La tendencia mecánica, irreflexiva, que detecta es que los que han generado un negocio y sus derivados, es que optan por Nueva York o Londres como sede, por su alta especialización o conocimientos, aunque por coste no sean competitivos. Quizá debería cuestionarse ese automatismo. En arbitrajes “*ad hoc*”, cabría apelación salvo que se excluya expresamente por las partes. Si se somete al Reglamento de la LCIA, esta apelación queda taponada. Presentó un cuadro comparativo entre las diferentes instituciones (Singapur, Londres, Estocolmo, CIETAC, American Arbitration Association o ICDR, arbitrajes suizos e ICC) para analizar la calidad, la duración y el coste, considerando si los árbitros son de nacionalidad diferenciada, si cabe acumulación de procesos –no todos los reglamentos lo prevén y puede ser imposible acumular procedimientos conexo (como los de financiación sindicada, con prestamistas y prestatarios diversos y derivados de cobertura para cada uno) sin acuerdo de las partes–, si hay revisión del laudo o árbitro de emergencia y cómo se trata la confidencialidad. También suele emplear una “web” de una ONG, sin ánimo de lucro, de Washington (www.data.worldjusticeproject.org), un índice sobre la situación del Estado de derecho según cada país, para ponderar en cada jurisdicción local la importancia de la corrupción, la influencia del gobierno, la dilación y el proceso de ejecución.

Para él, el arbitraje es un acelerador de acuerdos, porque en el 80% de los casos, antes de llegar al laudo, se pacta. A veces, se inician demandas diferentes, con pronunciamientos contradictorios o tretas dilatorias. Explica algunos ejemplos. En el primero, en una operación societaria con pacto entre los accionistas de aportar capitales a la sociedad, cuando la sociedad solicita los capitales, algunos pueden no estar de acuerdo. En ese caso se encuentran con tantos arbitrajes como socios hay. En otro caso, el aumento del coste de las pruebas



periciales jurídicas se podría evitar con una cualificación concreta del árbitro, como se lograría si se pidiera una experiencia previa de 5 años en ese tipo de contratos. No necesariamente un especialista, pero sí un buen abogado, al que con tres o cuatro dictámenes jurídicos periciales le bastaría. En cambio estas opciones son imposibles en un Juzgado.

La revisión del laudo puede tener sus filias y fobias entre los expertos. La confidencialidad del laudo, incluso para las partes, puede haber sido pactada por las partes.

Su postura, en su entidad, es recomendar arbitrajes institucionales de prestigio, jugando entre los factores diferenciales el coste y la ley aplicable. No favorece los arbitrajes “*ad hoc*”. También evita algunas jurisdicciones, como Italia o España, por las dificultades en la ejecución del laudo. En cualquier caso, ofrecer Barcelona como sede del arbitraje suele ser fácil, porque es una ciudad que vende bien y resulta atractiva. Para todo ello cuentan también con la ayuda y experiencia de los despachos colaboradores.

Tras una interrupción para el almuerzo, se iniciaba la Sesión III, “Debilidades y fortalezas del arbitraje. La visión desde la empresa”, moderada por Manuel García Cobaleda, Secretario del Consejo de administración de Gas Natural Fenosa. Además de presentar a los miembros de la Mesa, agradece tener la oportunidad de que las empresas, usuarios del arbitraje, puedan explicarse.

Elena Otero Novas comenta que en su empresa, Sacyr, estiman que el arbitraje es más próximo al tráfico mercantil, más flexible, más sensible a la realidad empresarial, y que esto no es de ahora sino que se puede ya detectar en el propio derecho romano, como el pretor peregrino, o en los consulados de mar de la edad media. Por ello, utilizan en sus contratos el arbitraje CCI, aunque aplicando distintos derechos y estableciendo sedes diversas, en especial al haber ahora mucha menos contratación en España.

Eric Maciá, en Indra, sector de alta tecnologías, excluye el arbitraje en materias sensibles, como la defensa y entiende difícil usarlo en ámbitos conexos al tráfico aéreo. Sin embargo, lo usa mucho en el ámbito de la tecnología punta, materia desregulada, para evitar jurisdicciones sospechosas, por la especialización del arbitraje. Ello no obstante, desde que está en el departamento jurídico de la empresa no ha tenido ningún caso CCI, aunque es la cláusula que ponen en los contratos porque garantiza una administración coherente del caso y un panel de árbitros de prestigio.

Finalmente, el último miembro de la Mesa es Jacobo Camacho, de Eulen, una empresa familiar en el sector servicio, cuya expansión internacional –comprando una empresa del sector en Florida, Estados Unidos– y la participación en contrataciones públicas (como hospitales), ha comportado nuevas necesidades y las consecuentes decisiones derivadas.

Tras la primera ronda de intervenciones, Manuel García Cobaleda establece una clasificación del arbitraje en el mundo de la energía, en dos subtipos. Por un lado, los casos en que no hay



incumplimiento de ninguna de las partes, contratos de tracto sucesivo en que hay que determinar un precio razonable. Por el otro, hay los arbitrajes por incumplimiento de contratos. El primero, su importancia es tal que correspondería a una unidad de negocio más, porque puede suponer una línea de la cuenta de resultados de la compañía. Así, si el volumen anual de negocio de su empresa gira en torno a los 11.000 M€ que el 9 de agosto del 2010 un laudo arbitral CCI les condenara a pagar 1.300 millones afectaba las cuentas. Con todo, siguen usando los arbitrajes CCI con la misma empresa, Sonatrach.

Por ello es muy consciente de las ventajas e inconvenientes del arbitraje, y sigue con mucho interés las reflexiones sobre el ámbito objetivo del arbitraje, la arbitrabilidad o no de los contratos de derecho administrativo, la noción de orden público o de interés general, no sólo por laudos arbitrales sino también en sentencias judiciales. Así una de muy reciente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, entre Enagás y Gas Natural, anulando un laudo arbitral.

Elena Otero Novas retoma esta cuestión, con la inquietante línea jurisprudencial que parece haber iniciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid anulando laudos en el ámbito bancario (sobre permutas financieras) o el de gas natural. Si la noción de orden público se expande y la norma imperativa provoca nulidades o impide la ejecución de los laudos, será difícil someterse a arbitraje. En el fondo, así se vislumbra un creciente intervencionismo, que probablemente no sea acertada. Otros tribunales superiores de justicia, como el de País Vasco, no siguen esta línea jurisprudencial. El riesgo de 17 interpretaciones diferentes, una por Comunidad Autónoma, podría ser resuelto por el Tribunal Supremo, unificando doctrina y logrando coherencia.

Eric Maciá, recordando el artículo 5 del Convenio de Nueva York de 1958, entiende que aunque el orden público arbitral no tiene que ser necesariamente el nacional, al pasar por la jurisdicción nacional en la ejecución de laudo, puede reaparecer y cualquier jurisdicción pública acaba definiendo el orden público. La consecuencia puede ser que el inversor extranjero quede acongojado.

Jacobo Camacho, en cambio, entiende que arbitrabilidad y orden público son conceptos conectados pero diferentes, y que hay una tensión dialéctica hegeliana entre la expansión de la arbitrabilidad y el poder entrar en el fondo del asunto por parte de los jueces. Así, no es posible, cree, una armonización del orden público ya que será apreciado de oficio por la jurisdicción ordinaria. En cambio, en Sudamérica en la contratación local se utiliza mucho el arbitraje.

Manuel García Cobaleda cree que en los sectores regulados, la intervención de la administración es inevitable. Por citar un ejemplo, ellos se lo han encontrado en Chile con la distribución eléctrica, y allí la postura de la administración ha sido la contraria. Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid hacen dudar si interesa someterse a arbitraje.



Elena Otero Novas recuerda que los tribunales están colapsados, la administración tiene miedo y no quiere parecer que ayude a una empresa, pero que los arbitrajes, en contratación administrativa, serían más rápidos. Es más flexible y rápido, y comprende las diferentes categorías del comercio internacional. Incluso en el árbitro tributario, contar con un perito dirimente, o en temas técnicos disponer de un “*Dispute Board*”, solucionaría muchas dudas. Es algo que hay que estudiar, porque es más rápido y especializado, y hay un hueco legal aunque tenga un coste, y no sólo por el coste del colegio arbitral y en la selección y designación de los árbitros.

Esta especialización es apoyada por Eric Maciá, que recuerda que ya hay Estados que los usan, como Perú o Zambia.

Jacobo Camacho también lo ve bien, y propone extenderlo a la contratación pública en general, superando las actuales categorías mentales, y limitando la confidencialidad sólo si se pacta con la otra parte. Su experiencia con cláusulas compromisorias, en las que no se indicaba el derecho aplicable, le han llevado a veces a la “*lex mercatoria*”, que para los tribunales de comercio franceses son usos comerciales. En aplicación de la teoría del tronco común, sólo serían aplicables las partes comunes.

Manuel García Cobaleda, por su parte, asumiendo que a la larga la Audiencia Nacional decidirá qué importa y para entonces es muy posible que haya decretos leyes que cambien el marco normativo en ciertos campos regulados, lo mejor es acudir al arbitraje, porque en el corto plazo se logra una solución y hasta en la fase inicial se logran medidas cautelares.

Pascual Sala, ex Presidente del Tribunal Supremo, presente entre el público asistente, toma la palabra, para poner el acento que la jurisdicción no debería ser la primera solución, sino la última, de la misma forma que el avalista no debería ser quien pagara una letra de cambio. La ley española de arbitraje debería definir qué es orden público, porque ante la falta de casación al Supremo para ordenación de doctrina en estos casos de cuantía pequeña, no hay otra solución para salir del apuro.

José María Beneyto recupera la cuestión de la confidencialidad del arbitraje, y plantea si es una ventaja clara y si los árbitros internacionales dan más confianza.

Según Jacobo Camacho las empresas lo valoran mucho.

Eric Maciá, por su parte, pone énfasis en las cuestiones culturales, las reticencias y suspicacias al arbitraje, que pueden encontrarse en algunos países. Es su experiencia en Kuwait, donde la situación derivó en un cóctel perfecto para un disparate de laudo.

Manuel García Cobaleda, recordando el caso de agosto del 2010 con el laudo de más de 1.600 M€, entendió que a ese laudo le pasaba “algo”, y pidieron medidas cautelarísimas y



CEU

Instituto Universitario
de Estudios Europeos
Universidad San Pablo

CIAMEN

Centro Internacional de
Arbitraje, Mediación y Negociación



SPAIN
INTERNATIONAL
CHAMBER OF COMMERCE

luego cautelares. Con todo, a pesar de no lograr sus pretensiones, su empresa sigue usando la misma institución arbitral.

Eric Maciá enfatiza que no se debe juzgar por un resultado. Pero que su consejo es evitar los arbitrajes “*ad hoc*”, a consecuencia de un arbitraje “esperpéntico” que sufrieron en El Salvador, porque esos casos pueden suponer un riesgo reputacional.

Elena Otero Novas destaca que para minimizar riesgos es mejor prevenir, en especial en los casos de cierta relevancia, y un colegio arbitral garantiza menos olvidos y suspicacias, aunque suponga una mayor inversión, porque permite un debate pleno.

Finalmente, ante la posibilidad de que otro pague el arbitraje, o que se pueda pedir financiación para ir a arbitraje, Elena Otero Novas explica que en sus casos los abogados suelen asumir un porcentaje por éxito ya que así asumen parte del riesgo.

Eric Maciá lo ve como una cuenta de resultados diferente para cada filial, que es la que asume el pleito y Manuel García Cobaleda desde las posibilidades de que un pleito arbitral genere dificultades de tesorería, ve muy normal vender el pleito, o asegurar el pleito con un financiador.

La Sesión III fue seguida por una pausa café, y a las 17:20 se reiniciaron los trabajos con la Sesión IV.

Esta Sesión IV, moderada por Juan Fernández-Armesto, se centraba en la cláusula arbitral CCI, su negociación, la inclusión o no y las cláusulas patológicas. En la Mesa estaba acompañado de José Fernando Cerro, Abengoa, donde coincidió con María Victoria Rodríguez Tapia, que participa en el acto como experta en coaching y mediación.

También en mediación es una gran experta María Mercedes Tarrazón, la tercera integrante de la Mesa.

Se empieza hablando de mediación y luego se pasa a arbitraje. En palabras de Juan Fernández-Armesto, la mediación es como la solidaridad y el pincho de tortilla, que gusta a todos. Sin embargo, en pregunta directa que formula a José Fernando Cerro, quien ha pasado por tres grandes empresas en su carrera profesional, la respuesta es que no ha vivido ninguna mediación ni en Correos, ni en Abengoa ni en FCC. Ha tenido tentaciones, pero no ha prosperado y quizá porque está condicionado por el tamaño de los asuntos que toca – grandes– y el ámbito internacional de los mismos.

Para Mariví Rodríguez, las empresas pueden tener una postura, un compromiso en favor de la mediación. Se da en Reino Unido o en Estados Unidos, donde viven una “*mediation pledge*”, que firman en los contratos pero que puede no conducir a una mediación. Al menos, no se oponen. En su experiencia, a ella tampoco le dijeron que no se usara la mediación, pero en el



caso en que pareció útil, las partes acabaron negociando directamente. En su opinión, España está ahora como estuvo el Reino Unido en los años 70: pocos mediadores pero entusiastas.

Mercedes Tarrazón confirma que hay menos mediaciones de las a todos nos gustaría, pero que tampoco se pueden conocer todos los asuntos sometidos a mediación por la confidencialidad de la institución. Son pocas mediaciones, son privadas y no están cuantificadas y además, hay mucho mediador. Ofrece datos concretos: las derivaciones judiciales hacia la mediación, según los datos del Consejo General del Poder Judicial fueron 731 el 2013 y 249 el 2014. De todas ellas, acabaron en mediación, el 2013, 91, y el 2014, 114. De las mediaciones realizadas, 60 acabaron si acuerdo y 31 en acuerdo –el 2013– y las cifras para el 2014 fueron de 82 sin acuerdo y 37 con acuerdo. En otra institución que lleva mediación, el Consulado de Mar de Barcelona, entre noviembre del 2013 y marzo del 2015, recibió, del Juzgado Mercantil de Barcelona, 16 casos, de los que 7 se quedaron en la mera etapa informativa, pero las partes declinaron, y 6 pasaron a mediación. Una acabó en acuerdo. Para ella, toma tiempo que la cultura general sobre la mediación cambie. Menciona a Raquel Alastruey, Juez del Juzgado 52 de Barcelona, que al explicar esta cuestión pide antes dotarse de mediadores de calidad. Mercè Caso, juez decana de Barcelona, por su parte, cree que hay mediadores con mucha experiencia. Mercedes Tarrazón concluye que lo importante es la calidad. Si la mediación ha triunfado en los países anglosajones ha sido por el coste de los servicios jurídicos –“*a day in court costs*”– y el conocimiento que tienen los abogados en Inglaterra sobre mediación.

Juan Fernández-Armesto pregunta si las empresas usan cláusulas escalonadas.

José Fernando Cerro, de FCC, responde confirmando las experiencias de otros oradores. Cuando se discute las cláusulas arbitrales, los negociadores principales de los contratos, se van. En su opinión la mediación puede ser buena si reduce gasto y tiempos, que son resultados que a todos interesan. Hay que explicar todos estos aspectos, incluido el coste de la mediación, para lograr convencer. Si las partes están relativamente cerca, es más fácil llegar al acuerdo.

Juan Fernández-Armesto plantea la utilidad de los “*Dispute Boards*”. En las grandes obras, el “*Dispute Board*” funciona como un árbitro permanente, de 1ª instancia, con un par de ingenieros y juristas, que resuelve de manera provisional. Se trata de una idea del Banco Mundial, que luego se ha generalizado en las obras según el modelo de contrato FIDIC. La CCI ha introducido una cláusula estándar con esta opción. Se pregunta si se usan en España, si son comunes en España y si ayudaría a resolver problemas.

Mariví Rodríguez lo enfoca como cláusulas escalonadas, que obliguen a negociación, mediación y arbitraje. Aunque la ventaja de los “*Dispute Boards*” es que no paraliza el proyecto, en los casos en que lo ha sugerido en las empresas en que trabaja, aunque fueran “*Dispute Boards*” “*ad hoc*”, ha encontrado mucho recelo en el propio negocio.



Mercedes Tarrazón, por su parte, destaca que se emplean en contratos de larga duración. No sólo de construcción. Así, se permite el seguimiento y acompañamiento del mismo. Por todo ello la CCI da a conocer en una semana un nuevo reglamento de “*Dispute Boards*”, para resolver desavenencias en el siglo de la inmediatez, el siglo XXI. Cerro, por su parte, reconoce que es frecuente su uso en los contratos FIDIC, y es muy útil porque permite seguir avanzando. Se trata normalmente de contratos a 5 años y de cuantía superior a los 50 millones de dólares, y lo integran ingenieros.

Juan Fernández-Armesto teme la solidaridad entre ingenieros, y estima que en la obra pública española, donde no se da, sería muy conveniente, porque de lo contrario se acaba judicializando. Sugiere, para ello, un cambio legislativo.

José Fernando Cerro ve difícil que la administración lo acepte, y promueva esos cambios legislativos.

Mercedes Tarrazón, por su lado, recuerda que el “*Dispute Board*” no dirime del todo, ni encarece la obra sólo facilita un seguimiento, con transparencia y responsabilidad social, gestionando el dinero con prudencia.

José Fernando Cerro cree que es perjudicial para la administración y puede suponer más dinero.

Juan Fernández-Armesto estima que las prerrogativas administrativas incrementan el coste. Si lo comparamos con Estados Unidos y países sudamericanos donde la prioridad es reducir costes, allí la tendencia es a prescindir de privilegios.

A continuación, Juan Fernández-Armesto pasa entonces a tratar el tema de la cláusula sólo arbitral y plantea la duda entre la opción institucional y la “ad hoc”, y, en el primer caso, entre la nacional o la internacional. En ese caso, cabrá también decidir entre uno o tres árbitros.

Mariví Rodríguez prefiere institucional porque nadie puede prever todo y constata que la remisión al sistema arbitral CCI nunca provoca oposición.

Mercedes Tarrazón responde que dependerá del caso, y que hay instituciones no serias que conviene evitar.

José Fernando Cerro coincide en responder según el caso. Así, en Argelia, se debe aceptar, y siempre es más cómodo con una institución arbitral seria.

Como moderador de la Mesa, Juan Fernández-Armesto pregunta en voz alta en que es mejor ceder en la negociación entre las partes. ¿El lugar, el idioma o el Derecho?

Mercedes Tarrazón prefiere ceder en el idioma, sabiendo lo que se está pactando.



José Fernando Cerro, por su parte, vuelve a ser muy ponderado y en su opinión, depende. Él suele pelear por el lugar, porque si hay que ir a Nueva York a ganar, el desplazamiento es muy costoso. Y si hay que ejecutar en Brasil el laudo final, puede resultar imposible. Si el pleito es en Méjico, hay que hacer un análisis muy profundo de Ley mejicana y sus consecuencias, y quizá sea mejor buscar un sistema jurídico similar. Acaba haciéndolo en español, con Ley mejicana pero en Ginebra, aunque las vistas tengan lugar en Miami. También prefiere hacerlo en español aunque sea con angloparlantes.

José Fernando Cerro recuerda el problema que tuvo en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el traductor al español, que no entendía el caso y su traducción dejaba mucho de desear.

Juan Fernández-Armesto teme que el idioma limite el “pool” de árbitros. En su opinión, lo que tiene menos trascendencia es la Ley aplicable. En lo referente al número de árbitros, optar entre uno o tres puede depender de la complejidad técnica. Uno recuerda más al Juez, y tres hace más lento el procedimiento. Con uno no caben soluciones salomónicas.

César Rivera, desde el público, coincide con esta apreciación, y prefiere que cada parte nombre a un árbitro y la Corte al Presidente.

Para María Mercedes Tarrazón, los problemas vienen de los árbitros no independientes.

José Fernando Cerro teme que algunas empresas, a pesar de que el proceso tenga sus “cosillas”, sólo piensan en ganar el pleito, y que los abogados de empresa deben gestionar ese riesgo.

Juan Fernández-Armesto comenta las soluciones que ha visto, en la práctica, para seleccionar a los árbitros. Así, en casos bajo el Reglamento UNCITRAL, de una lista de nueve, se eliminan cinco y cada parte puede vetar a tres. La colegialidad sólo será real si los tres son designados por la institución, porque de otro modo sólo el Presidente es superimparcial, lo que puede afectar el resultado.

Juan Fernández-Armesto también defiende la utilidad de que la cláusula arbitral tenga detalles sobre el proceso, como que no habrá exhibición de documentos o que sea tajante que el laudo será en 6 meses.

A pregunta de un asistente del público, sobre la utilidad de que el tribunal arbitral pase a hacer de mediador, José Fernando Cerro no ve probable que al abogado interno le guste perder el control del pleito y Mercedes Tarrazón recuerda que nunca se pasa de mediador a árbitro, y que la opción contraria no es feliz, porque son sistemas distintos. Recuerda algunas leyes sudamericanas de arbitraje, como la derogada en Bolivia en el 2007, que pedían “mayores esfuerzos”, “buenos oficios”, pero no tuvo mucho éxito.



La Sesión se levantó a las 18:26 y se convocó a los presentes a la siguiente, la V, ya el martes 22 de septiembre.

El martes 22, en la misma sala que el día anterior, tuvieron lugar las dos últimas Sesiones. La V y la VI.

La V, sobre la elección del tribunal arbitral, desde la perspectiva práctica para las empresas, fue moderada por Antonio Hierro –hasta hacía muy poco, Socio en Cuatrecasas y representante suplente del Comité Español de la CCI en la Corte Internacional de Arbitraje–. Le acompañaban en la Mesa, Antonio Rigo Sureda –establecido en Washington, donde fue jefe de la asesoría jurídica del Banco Mundial, además de árbitro de prestigio en pleitos de inversiones–, Francisco Ramos Méndez –árbitro y catedrático de derecho procesal en la UAB– y Jesús Remón –socio de Uría, y que ahora ocupa el cargo de representante suplente del Comité Español de la CCI en la Corte Internacional de Arbitraje–.

Antonio Hierro arranca la deliberación ofreciendo criterios de eficacia en arbitraje comercial internacional, y usa para ello la encuesta elaborada en el año 2013 por la Queen Mary University de Londres. De un proceso arbitral sencillo y ordenado se pasó, a partir del 2010, a uno complejo y caro. De ahí la reacción de los usuarios para hacerlo menos costoso, tanto en dinero como en tiempo. Estima que estos esfuerzos culminarán a medio plazo. Prueba de ello es que en los últimos 5 años todos los grandes reglamentos han sido modificados. Es, pues, un movimiento de arriba abajo y viceversa (“*bottom-up/top down*”). No puede ser fácil porque incluso entre sistemas jurídicos tan próximos como el británico y el estadounidense, con Tratados bilaterales y siendo partes de Convenios de La Haya, no consiguen el reconocimiento de sentencias.

Esta tendencia a hacer menos costoso el arbitraje supone obligaciones para las Cortes y obligaciones para los árbitros. Para reaccionar, la CCI se impone un plazo de 2 días, ICDR en Estados Unidos asume lograrlo en un único día y para la LCIA cabe un par de días. Para la London Court of International Arbitration hay en su apéndice, al que remite el artículo 18 de las nuevas reglas 2014 dedicado a este fin. Por su parte, los árbitros también reciben obligaciones, y más poderes que deben usar. Así, en Singapur, el art. 16 de su reglamento de arbitraje permite modificar el convenio arbitral. También pueden decidir la imposición de costas o la utilización de técnicas diferentes de solución de conflictos.

Por ello, el arbitraje, en general, desea ser más eficaz y flexible, adaptado a las necesidades. De ahí los artículos 8 a 21 del nuevo reglamento de arbitraje CCI para los procedimientos complejos, las disposiciones sobre reclamaciones cruzadas o “*cross-claims*”, los procedimientos abreviados, o la introducción de la justicia cautelar con el árbitro de emergencia, que puede ser solicitado por los demandados. También hay renuncia a la anulación del laudo en el procedimiento UNCITRAL, o apelación interna, si lo piden las partes, en el modelo americano de arbitraje. Se busca la sencillez, algunos siguiendo el modelo CCI y su acta de misión o “*terms of reference*” o el modelo UNCITRAL.



CEU

Instituto Universitario
de Estudios Europeos
Universidad San Pablo

CIAMEN

Centro Internacional de
Arbitraje, Mediación y Negociación



SPAIN
INTERNATIONAL
CHAMBER OF COMMERCE

¿Qué deberán aportar los usuarios? El arbitraje es suyo y no deben desligarse del caso. Deben mantener la lealtad hacia el convenio, no deben usar convenios arbitrales patológicos y confiar en la experiencia de los que conocen la cuestión. Deben prestar atención a la sede, conscientes que una sede en Estados Unidos cuesta 4 veces más. Si pactan derecho inglés, deben fijar también los criterios interpretativos y deben cuidar la selección de árbitros. Se declara casado con la mediación y la negociación, y que los americanos, en su talante abierto, suelen inspirar buenas soluciones a muchos problemas.

Por su parte, Jesús Remón, al hilo de lo mencionado, constata que el movimiento global de modificación de cortes arbitrales tiende a una cierta homogeneización, con fases tarifables del procedimiento, y algunas diferencias en aspectos concretos (árbitro de emergencia, designación de árbitros). Como son trajes a medida de la singularidad del caso, el coste es discutible. Es lo que ocurre en el reglamento CCI. Reconoce en su artículo 2.4 el principio de la autonomía de la voluntad, con el límite de la inoperancia o la contravención de la ley de la sede arbitral. El incremento de los poderes de los árbitros van en la misma senda de esforzarse por conducir el procedimiento de manera expedita y eficaz, como pide el artículo 22 del Reglamento de arbitraje CCI, y esto abarca a las primeras conferencias telefónicas, y quizá facilite una directriz para distribuir los costos del procedimiento, según se hayan comportado las partes (art. 37.5 Reglamento Arbitraje CCI). En idéntica lógica hay el apéndice IV con las técnicas para la conducción del caso.

Francisco Ramos Méndez enfatiza la necesidad de agitar o de calentar el mercado, los cenáculos, las gentes que cultivan estos saberes, cortes de arbitraje disponibles porque en realidad, los números demuestran lo escasos que son los arbitrajes en España, si lo comparamos con los más de 6 millones de asuntos vivos en los tribunales. Dirigiéndose a los abogados de empresa, animándoles a conocer la herramienta arbitral. Si no creen en arbitraje, lo mejor es no poner la cláusula arbitral porque el arbitraje difícilmente se puede abortar. Si el conflicto está maduro, se puede plantear la solución por negociación, o con una mediación entre CEOs, pero si fracasan, su consejo es no dejar que el conflicto se pudra. Es entonces cuando se evalúa la cláusula arbitral, que debería haberse negociado como una cláusula de precio. En ese momento, sólo queda gestionarlo de la mejor manera posible. Toda empresa controla sus costes y también lo deben hacer en arbitraje. El coste depende de la institución arbitral y de los abogados de las partes. El coste puede ser elevado pero no será disuasorio. ¿Cuánta razón tengo? ¿Puedo ganar el caso? Un arbitraje a pérdidas es un desastre. Se puede financiar y hasta recuperar, pero no es un buen negocio.

Por ello, Francisco Ramos Méndez recomienda que si hay caso, y hay que presentar la solicitud de arbitraje, no se demore en la solicitud o en la demanda arbitral completa –aunque nadie, en su experiencia, presenta la demanda completa hasta tres o cuatro meses más tarde–. Un arbitraje estratégico, con una solicitud “light”, sin tener razón, pero con una reclamación astronómica para luego rebajarla y negociar, no está excluido y en muchos casos permite a las partes llegar a un acuerdo.



Francisco Ramos expresa su malestar con la corriente de procesalización del arbitraje, porque va contra la naturaleza de las cosas del propio arbitraje. Es una mentalidad que choca con el arbitraje y no es buena, en un momento en que incluso los tribunales de justicia ordinaria copian elementos del procedimiento arbitral, como la grabación de las audiencias. Esta mentalidad procesalista es la que obliga a la orden procesal 1, que él mismo cumple a contrapelo, y desearía poder gestionar un arbitraje sin Orden procesal no. 1.

Esta postura es reforzada por Antonio Hierro, quien recuerda que en España, el 60% de los costes es no en la demanda judicial sino en la pericial que la acompaña. En su opinión las acciones colectivas se gestionan mal. Quizá la mediación podría ser una solución, pero la transposición de la Directiva del 2008 ha sido mala, al no hacerla obligatoria, y por ello aún es un fracaso. En cambio, en Estados Unidos, el 70% de las reclamaciones va a mediación y de ellas, un 40% fructifican.

Andrés Rigo Sureda se pregunta de qué sirven los cambios introducidos en los reglamentos arbitrales si los abogados de parte no los consideran. La procesalización va contra la flexibilidad consustancial del arbitraje, ya que éste es un traje a medida. El procedimiento arbitral es flexible y depende de los acuerdos entre las partes. Pero una gran parte de las complicaciones viene de los abogados de parte. Tras la solicitud del arbitraje se puede ver la posibilidad de negociar, y hasta el tribunal arbitral puede apuntar puntos –según el Reglamento CCI–. De ahí que un 50% de los arbitrajes que se inician acaben en acuerdo. En arbitraje de inversiones también se llega a acuerdos, pero el porcentaje es inferior. La nacionalidad de las partes en un caso influye sustancialmente en esa tendencia hacia la procesalización. Si hay despachos estadounidenses, la actitud habitual es generar una gran cantidad de órdenes procesales en un procedimiento muy complejo. El calendario Redfern ayuda a simplificar, pero la pregunta que se deben hacer las partes es por qué o por qué no se pide un documento concreto. El árbitro tiene entonces que decidir si lo concede. Pero en ningún caso esa moda no abarata el procedimiento. Pone el ejemplo de un caso en que actúa como árbitro, en que ha recibido una petición de prueba con “Discovery” de 600 páginas de extensión.

Antonio Hierro comparte esa prevención hacia las costumbres procesales estadounidenses y recuerda que en un caso los abogados de esa nacionalidad facturaron 24.000 horas, a 400 dólares la hora, lo que les suponía casi 10 millones de dólares. De ahí que agradezca la flexibilidad del procedimiento arbitral y la posibilidad de 2 conferencias con las partes (una sobre procedimiento, otra sobre audiencias). La versión de las Reglas de la IBA de mayo del 2013 aclaran que en los abogados ingleses que trabajan en “chambers” que no son exactamente despachos o bufetes, hay que excluir al árbitro que es de la misma “chamber” del abogado de parte y si se propone, no se debe confirmar su nombramiento.

Jesús Remón, al hilo de estas reflexiones sobre la actitud de los abogados en el arbitraje, entiende que se trata de una actitud estrábica, porque mientras mira al cliente también está



CEU

Instituto Universitario
de Estudios Europeos
Universidad San Pablo

CIAMEN

Centro Internacional de
Arbitraje, Mediación y Negociación



SPAIN
INTERNATIONAL
CHAMBER OF COMMERCE

mirando al tribunal, resultando muy difícil que renuncie a las posibilidades de defensa o alegación que pueda tener en las conclusiones escritas u orales. No quita que se pueda hacer pedagogía y se puedan establecer protocolos de eficiencia en el lado de los abogados. Los abogados y partes pueden tener una limitada cultura arbitral. Tener abogados con experiencia, con una formación homogénea, facilita la confianza entre las partes. También destaca el papel de los árbitros, activo, ejerciendo sus facultades, pudiendo cambiar etapas, facilitando la previsibilidad y la ordenación del proceso. No incluir el calendario en el acta de misión, que ofrece una capacidad muy limitada, y sí en la primera Orden procesal. O la conveniente tarea didáctica y de formación de todas las cortes arbitrales. En comercio internacional no hay disputa que la mejor opción de solución es el arbitraje porque es un mecanismo neutral. Aunque hay nubarrones en el horizonte, como las propuestas de la Comisión Europea, su oposición a Tratados bilaterales de protección de inversiones intracomunitarios o las acciones de incumplimiento. Es cierto que la cláusula arbitral es de las llamadas de “último minuto”, porque se incluye cuando la parte sustantiva de la negociación está cerrada. En tal caso, el mejor consejo es poner la cláusula modelo, añadiendo la sede, el idioma y el derecho. Sino, según los artículos 18 y 20 del Reglamento de Arbitraje CCI, será la Corte quien lo resuelva si no se ha pactado.

Antonio Hierro y Andrés Rigo debaten entonces sobre la conveniencia o no de que los árbitros se profesionalicen. No estar en un despacho con otros 900 abogados, como le ocurría a Rigo en su época en un bufete estadounidense, evitar los conflictos de interés, porque así no tiene relación con nadie. Los árbitros tienen que ser cuidadosos, tanto en procedimiento como en sustancia, y persuasivos dentro del tribunal. Tomar la iniciativa es importante. En un pleito con dos idiomas es bueno que los árbitros hablen los dos y que se sientan cómodos en las dos culturas. Francisco Ramos destaca que mientras que en el procedimiento judicial ordinario los abogados no pueden decidir a qué Juzgado llevarán el caso, en el arbitraje sí tiene esa opción. Hacerlo mediante una institución arbitral neutraliza las reticencias que pueda suponer el nombramiento del tribunal arbitral. También recuerda que la flexibilidad consubstancial en el arbitraje no es una casa de tócame Roque. Por ello, la conferencia inicial con las partes, aunque sea telefónica, es muy útil. Pero es mucho mejor conocerse y reunirse en persona, si el coste no es disparatado. En su opinión, y como consejo, hay que dar un horizonte con calendario temporal, y fijar fechas en las agendas.

Enric Picanyol, en el público, recuerda que en su experiencia profesional, el 90% de los contratos contienen una cláusula arbitral, y que mejor tener unas normas predecibles de procedimiento, como garantía para ambas partes, en lugar de estar en un marco de normas vagas.

Antonio Hierro, a pregunta de un asistente del público, sobre el encarecimiento del procedimiento que supone el nombramiento del árbitro de parte, recuerda que el 80% de los clientes quieren nombrar su árbitro y que con ello volvemos al problema resuelto en el famoso caso Dutco.



La sexta Sesión, “Posibilidades de futuro del arbitraje en España, casos actuales de relevancia”, tuvo tres actores principales. Por un lado, como moderador, José Ricardo Feris, Secretario General Adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Por el otro, la Mesa compuesta por la Dra. y Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III, Pilar Perales Viscasillas, y el letrado de Iberdrola, Borja Garay Ibarreche.

José Ricardo Feris asume que algunos de los temas a tratar en esta Sesión ya han sido tocados, en parte, en otras sesiones, y propone que ésta sea interactiva. Ofrece un compendio de datos estadísticos sobre el arbitraje CCI, con desglose de partes, sedes y árbitros. España siempre está entre los tres o cuatro países más destacados en Europa y en los “top 10” del mundo. Francia, Reino Unido, Alemania, Italia y España son los países con más usuarios del arbitraje CCI. En 2014, 64 partes fueron españolas en 54 casos, con mayoría de demandantes (36) sobre demandados (28). De las 19 sedes arbitrales en España, 14 fueron en Madrid, 4 en Barcelona y una en Valencia. Del total de árbitros mundial, el 3% son españoles. Es decir, 40. Por ello concluye que “España está bien” como “player” en el arbitraje mundial. Recuerda que, además de esta visión global, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, al decidir sobre un arbitraje, también tiene en consideración la sede neutral, la cultura del lugar (por ejemplo, tener una institución favorable al arbitraje como el Club Español de Arbitraje, con 10 años en sus espaldas) y la legislación del lugar e implementación de la misma (y cualquier reforma legislativa en ciernes).

Pilar Perales toma la palabra para centrarse, precisamente, en el nubarrón que hay ahora en España en la panorámica del arbitraje. La reciente línea jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en un caso de arbitraje nacional de permuta financiera o “swap”, ha abandonado la anterior jurisprudencia respetuosa con el arbitraje y favorable al mismo –así en el mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con tres casos de petición de anulación del laudo y uno de nombramiento de árbitros– y, no sólo ha anulado el laudo por vulnerar el “orden público económico”, sino que ha decidido sobre el fondo.

La jurisprudencia hasta ese momento era favorable al empleo de arbitraje y ponía orden en una masa de jurisprudencia contradictoria de instancias menores, así, por citar una, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de enero del 2014. Otros tribunales superiores, como el de Cataluña es excelente, reconociendo el arbitraje.

La litigiosidad arbitral en “swaps” es abundante. En 2013, el 33% de los casos de la Corte de Arbitraje de Madrid y el 39% del Tribunal Arbitral de Barcelona eran casos con “swaps”. No todos son favorables, en sus laudos, al banco. Igualmente, en la jurisprudencia civil, el 85% de las sentencias eran favorables al cliente, usuario bancario (290 sentencias a favor del banco, 1.728 en contra). La línea se mantiene en años posteriores, siempre basadas en error en el consentimiento.

Los Jueces civiles, al recibir la declinatoria por sometimiento a arbitraje –porque en el contrato marco de operaciones financieras hay un convenio arbitral, muy restrictivo en su literalidad, y



los jueces optan por la interpretación literal–, aceptan la vía arbitral prevalente en su mayoría. Pero no es una práctica unánime ni constante. A partir del 2014, la cláusula se considera nula más veces.

En la evolución jurisprudencial de la anulación de los laudos arbitrales sobre “swaps” se pueden identificar dos etapas. La primera, desde el 2011 y hasta el 2014, en que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid asume la competencia y no anula ninguno. La segunda, a partir del 2015, en que cinco sentencias anulan respectivos laudos arbitrales (de los casos que ha visto, ocho a instancias de parte y uno a instancias del propio banco). Siempre en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, porque en el mismo período de tiempo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha anulado sólo un laudo, cuya sede arbitral era Barcelona con un cliente de León, aunque le bastaba una nulidad parcial. En cambio, ha analizado un laudo del TAB con “La Caixa”, uno de la Corte Española de Arbitraje con el Banco Popular y cuatro de la Corte de Arbitraje de Madrid con el BBVA.

En la primera etapa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el ponente era el Magistrado Santos Vijande. El Presidente de la Sala, Magistrado Vieira, participa en todas las sentencias de “swaps” y emite un voto particular. En esa etapa se desechan los tópicos antiarbitrales de los recursos, como la arbitrabilidad o no de la cuestión, la protección del consumidor, la interpretación amplia o flexible del convenio arbitral, la independencia e imparcialidad del árbitro o de la institución, o las cualificaciones necesarias del árbitro (un amplio conocimiento de los mercados financieros).

En la nueva etapa, en cambio, concede la nulidad del laudo por negación del orden público económico. Así se ha abierto la caja de Pandora y se ha entrado en un “jardín” innecesario, porque actúa de oficio. Citan las Reglas de la IBA, pero las del 2004 y no las últimas, del 2014. El Magistrado Vieira, en un voto particular, en julio del 2015, discrepa. La cuestión puede estar vinculada al principio de buena fe, elevado a orden público, como recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *EcoSwiss*⁷, donde se aplica el artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, en una cuestión de derecho de la competencia. En derecho contractual europeo, el “*soft law*” no es Derecho. Ni en España ni en el resto de Europa. La “buena fe” es en sentido procesal, no material. En cambio, las controvertidas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁸ examinan en el juicio los hechos, el derecho, el arsenal probatorio, el desequilibrio entre entidad financiera y cliente. Esta línea jurisprudencial puede

⁷ Sentencia de 1º de junio de 1999 del Tribunal de Justicia de la CEE, asunto C-126/97, cuestión prejudicial en el caso *Eco Swiss China Time Ltd y Benetton International NV*, vid.: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd1791793518214327971ae7af8d966706.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPb3n0?text=&docid=44616&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17667>

⁸ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala Civil y Penal) nº 1266/2015 de 28 de enero 2015 (Repòs i Repàs, SL contra BBVA) y 44/2015, de 26 de mayo 2015 (constructora de Viviendas unifamiliares, SL contra BBVA)



CEU

Instituto Universitario
de Estudios Europeos
Universidad San Pablo

CIAMEN

Centro Internacional de
Arbitraje, Mediación y Negociación



SPAIN

INTERNATIONAL
CHAMBER OF COMMERCE

tener el efecto peligroso del efecto llamada, y no se sabe dónde puede llevar. No debería poner en peligro a Madrid como sede arbitral ni ninguna otra sede en España.

José Ricardo Feris estima que se está confundiendo arbitrabilidad y orden público, y que las partes podrán, si quisieran, renunciar a la motivación del laudo.

Pilar Perales cree que en España esa posibilidad desapareció con la reforma de la Ley de Arbitraje del 2011. Si es orden público, se puede hacer de oficio el análisis de su anulabilidad. Si es otra causal, en cambio, no. Se plantea si el proyecto de Código Mercantil podría afectar a esta tendencia.

Pilar Perales cree que no, porque el anteproyecto está parado en el preceptivo dictamen del Consejo de Estado en el punto de qué incluye el concepto “operador del mercado”. Las mayorías parlamentarias actuales pueden no mantenerse después de las elecciones. El Consejo de Estado ha desoído, hasta ahora, las propuestas del Club Español del Arbitraje y hay dudas en el arbitraje societario y en los casos con seguros de caución.

Borja Garay, en cambio, desde su visión de abogado de empresa de Iberdrola, “*in-house counsel*”, ve el arbitraje desde una experiencia mucho más abundante de lo que desearía. El arbitraje es una buena forma alternativa de solución a la de la jurisdicción ordinaria, pero no es la única, porque hay otros mecanismos como la negociación o recurrir a expertos independientes. Su grupo empresarial los usa porque suponen menos coste y menos duración. En comparación con un pleito civil, en que pueden pasar entre seis y siete años hasta llegar a casación, en el arbitraje hay una única instancia. Aun así, eso no garantiza la brevedad, porque él ha vivido casos de 45 meses en arbitraje, procedimientos que se alargan más de lo deseable, sin contar el procedimiento de anulación del laudo. Con todo, los plazos, en el arbitraje, son más flexibles.

Es cierto que el coste del arbitraje puede ser bastante elevado, por encima de lo deseable. Pero el principal coste está en los asesores legales en arbitraje, derecho local, expertos independientes y los costes administrativos son lo menos importante –sedes, traductores, institución, árbitros–. Si la empresa es demandada, no se puede escapar. Si, en cambio, hace de demandante, se lo piensa mucho antes, porque puede suponer el desembolso de varios millones de euros.

En su opinión, las ventajas más interesantes del arbitraje internacional son la especialización de los árbitros (en comparación con un juez, que puede dictar una resolución injusta en una obra de construcción, retrasando el “camino crítico”), la confidencialidad (el árbitro suele tener una alta sensibilidad comercial, entienden los razonamientos de las partes en la fijación de precios y no hay ni jurisprudencia ni publicación en el BOE). También valora la garantía de imparcialidad, el poder de las partes de escoger a los árbitros, la claridad del procedimiento y que éste esté administrado –algo que para Borja Garay, no tiene precio–. El marco de la disputa establece lo razonable y recuerda un caso en Kenya en que tras recibir la demanda



civil, en la primera audiencia, la demandante no compareció. Pero no desistió, sino que presentó una nueva demanda triplicando la cantidad pedida. Esto, en su opinión, no puede ocurrir en arbitraje.

En los últimos 10 años Iberdrola ha tenido 20 arbitrajes. En el 55% de los casos eran demandados (quizá con reconvencción) y en el 45% eran demandantes. El 85% de los asuntos fueron arbitrajes institucionales, y en los internacionales prefieren la ICC. El restante 15% eran arbitrajes “*ad hoc*”, que permite más flexibilidad. En cuanto a la sede arbitral, la fijan sabiendo que determinará la ley procesal, la nacionalidad del laudo y los tribunales que intervendrán. Sólo el 30% son en España. El 70% de las ocasiones son en el extranjero. El coste medio es de 1,6 M€. Alguno ha llegado a los 3 o 4 millones. Del total, un 35% está en curso, y del resto, un 45% acabó en laudo y un 15% en acuerdo transaccional. Estos últimos acortan el procedimiento, reduce costes pero no depende de la voluntad de una parte y puede que no esté en un solo lado todo el apoyo del derecho, por lo que se suele buscar un punto de encuentro equilibrado.

La duración media son dos años, recordando los mencionados de 40 a 45 meses. En alguno de los realizados siguiendo el arbitraje CCI, la resolución tardó 20 meses tras la última reunión del árbitro con las partes, afectando a los intereses. En resultados, 128 M€ han resultado favorables a la empresa, 56 millones han sido el resultado de transacciones y 40 millones ha acabado en laudos. Es un resultado variado, pero globalmente positivo.

Es consciente que sólo tener un 30% de sedes españolas es poco y cree que hay un potencial mayor de crecimiento si se propone a las partes extranjeras contrarias hacer los arbitrajes en España. De hecho, les encantaría pero no lo han logrado nunca. Aunque cree que hay avances claros que lo favorecen, como la reciente legislación española favorable al arbitraje. En la misma perspectiva, su tendencia empresarial es a optar por árbitros españoles en los arbitrajes domésticos y, si se puede, también en los internacionales, porque conocen la idiosincrasia de Iberdrola. Sus contratos con empresas de magnitud equiparable –como Siemens o GE– suelen basarse en modelos que contienen la cláusula arbitral dentro de las condiciones generales.

José María Beneyto lamenta que quedando tan claro que el arbitraje tiene muchas ventajas, los populistas prefieran los tribunales como solución –así, en el marco del TTIP–.

Antonio Hierro, por su parte, lamenta que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero del 2015, elaborada por el Magistrado Santos Vijande, haga un doble salto mortal. Por un lado, la falta de motivación no es motivo de anulación de oficio, ya que no está en la Ley de arbitraje del 2003 ni en la ley modelo de UNCITRAL de 1985. Además, en su opinión, traslada jurisprudencia extemporánea. Afortunadamente, el laudo anulado es nacional, con lo que se limita el efecto que habría tenido de ser internacional.

Jesús Remón, por su parte, no le encuentra ninguna explicación. Menos aún en un contexto con la mejor doctrina y jurisprudencia coherente de las audiencias provinciales y los tribunales



CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*
Universidad San Pablo

CIAMEN

*Centro Internacional de
Arbitraje, Mediación y Negociación*



SPAIN

INTERNATIONAL
CHAMBER OF COMMERCE

superiores. Hasta apunta que la motivación empleada es contraria al orden público, porque se dicta sin audiencia a la parte que proclamaba la validez del laudo.

César Rivera interviene para encontrar un elemento positivo de estas sentencias ya que recogen jurisprudencia del Tribunal Constitucional que pide motivación racional y excluye la valoración irracional de la prueba.

Termina la Sesión, poco antes del almuerzo, con la breve intervención de Elena Gutiérrez García de Cortázar, por entender que estas sentencias madrileñas son la excepción a la regla favorable al arbitraje.

Expresando la satisfacción de CIAMEN por el acto y su éxito, el José María Beneyto da por concluido el acto.