

## EL ARBITRAJE VISTO POR UN ABOGADO

Antonio Albanés Membrillo

1.- El papel del abogado en la evitación de los conflictos.- La Abogacía es una profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la justicia, al consejo, **a la concordia** y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas (**art. 8º del Estatuto General de la Abogacía**). No es, por tanto, sólo una profesión, sino que tienen un marcado carácter institucional propio de la función social que le corresponde, la que deriva de la misión de defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, que le corresponde de forma exclusiva y excluyente (**art. 9 del EGA y art. 436 de la Ley Orgánica del Poder Judicial**) y que aparece consagrada en el art. 24 de la Constitución.

Pero los abogados no sólo tienen como misión la defensa de los derechos de los ciudadanos ante Juzgados y Tribunales, sino que como se expresa en el Estatuto General de la Abogacía el abogado también se consagra a la concordia, función aún mas noble si cabe que la anterior, puesto que a través de ella se convierte en esforzado luchador por la paz social.

2.- Desde esa perspectiva, la función del abogado es la misma en un proceso judicial que en un arbitraje; y aunque ninguna de las leyes de arbitraje establece la obligatoriedad de la asistencia letrada a las partes, la experiencia nos dice que raro es el procedimiento arbitral en que las partes no comparecen dirigidas por letrado. El conocimiento y, sobre todo, la experiencia del abogado en la resolución de conflictos hacen que su presencia sea necesaria, y desde luego imprescindible si el arbitraje es de Derecho. Por otro lado, el árbitro agradecerá a buen seguro la ayuda, la comprensión y la buena predisposición de los abogados de las partes para llevar a buen término el procedimiento.

Además, es cierto que la Ley otorga unas muy amplias facultades de disposición a las partes sobre el procedimiento, convenio arbitral, elección de los árbitros, etc., pero no es menos cierto que en cada uno de esos pasos o decisiones las partes estarán asesoradas por sus abogados, quienes les indicarán lo que sea más adecuado para sus intereses.

3.- Pero no todos los abogados han participado alguna vez en un procedimiento arbitral. De ahí que ante esa primera experiencia, se encuentren un poco incómodos: El escenario no es el mismo, como no lo son las reglas de juego. Para empezar se encuentran con una o varias personas que aunque son las encargadas de resolver el litigio, no mantienen una posición rígida y distante, sino próxima y afable, con quien van a poder hablar sin sometimiento a ninguna regla especial, al margen de las que dictan la educación y el respeto, que probablemente les va a tutear y que, para su sorpresa, incluso le va a proponer un acuerdo sobre como llevar a efecto el procedimiento, que le va a consultar sobre la conveniencia de unas determinadas fechas para la celebración de audiencias, que le va a permitir una gran flexibilidad en los interrogatorios de las partes, testigos y peritos y que cuando tenga que rechazar alguna prueba, pregunta o alegación lo va a hacer con la máxima corrección, explicándole porqué, a su juicio, no procede. Y esto no es una crítica a los Jueces(bueno, a algunos sí) ni al procedimiento judicial, cuyo a veces estricto formalismo está motivado por la necesidad de garantizar los derechos de defensa y por la solemnidad propia de la administración de Justicia; simplemente es que, al tratarse de un sistema de heterocomposición, la flexibilidad se erige en norma consustancial a la institución.

4.- Pero puesto que esta charla tiene por objeto analizar el papel del abogado en el arbitraje, con un afán nada pretencioso intento dar, no consejos, pero sí mis impresiones después de más de 25 años de experiencia, tanto como abogado como árbitro.

Lo primero que debo decir es que el abogado en un proceso arbitral debe ser un aliado del árbitro en lo que a la llevanza del procedimiento se refiere. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la defensa de los intereses que le

han sido encomendados, que es su primera obligación, pero que no es incompatible con lo primero. El árbitro no es el enemigo, sino alguien en quien las partes han depositado su confianza para resolver el litigio que les enfrenta, del mismo modo que han depositado su confianza en su abogado para la defensa de sus intereses. Actuando de esta forma es probable que alcance mejores resultados en su cometido que con una actitud hosca o perturbadora.

En segundo lugar, conviene señalar que el procedimiento arbitral no está sometido a las mismas reglas que el proceso judicial, aunque básicamente se compone de las mismas fases: alegaciones, prueba y conclusiones. Pero las formas son distintas. Examinaremos estas fases desde el punto de vista de la posición del abogado en el procedimiento arbitral.

#### **5.- ALEGACIONES.-**

La ley actual no establece la preclusividad de los plazos, a diferencia de la anterior. Antes al contrario, en el art. 29, 2 se establece que *“salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho”*.

Fiar al quehacer de los árbitros la oportunidad de admitir no ya una ampliación, sino incluso una modificación de la demanda o contestación de forma extemporánea multiplicará sin duda las denuncias de indefensión y las subsiguientes acciones de anulación del laudo. Es cierto que el precepto va en la línea de aumentar las facultades de los árbitros (de la que el máximo exponente es la posibilidad de que puedan prorrogar *motu proprio* el plazo para dictar el laudo) y su subsiguiente responsabilidad. Pero también es cierto que con dicha posibilidad se gana en flexibilidad y en economía, al permitir resolver en un solo procedimiento todas las desavenencias que surjan entre las partes.

Las alegaciones pueden formularse:

- a) De forma simultánea: Cuando ambas partes se demandan recíprocamente el cumplimiento de obligaciones. En estos casos existe un primer periodo de alegaciones, tras cuyo cruce se abre un segundo periodo de contraalegaciones. Es la forma que prevén algunas instituciones administradoras de arbitraje (como la Corte de Arbitraje de Madrid, arts. 31 y 33).
- b) De forma sucesiva: Cuando es una parte la que demanda y otra la que se opone, pudiendo caso en este formular reconvencción. En estos casos el esquema alegatorio se asemeja más al del procedimiento judicial ordinario.

A falta de acuerdo de las partes, la Ley opta por el sistema de alegaciones sucesivas, mediante la demanda y subsiguiente contestación (art. 29, 1).

La forma en que se planteen las alegaciones es absolutamente libre, sin formalismos; a veces será un escrito parecido a los de demanda y contestación; otras veces será una simple carta dirigida por la parte al árbitro; ambos sistemas son válidos, siempre que pueda conocerse la controversia. En cualquier caso, la Ley exige indicar los hechos, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que se formulan. Se recomienda seguir el esquema del art. 399 LEC: Hechos numerados y separados, narrados de forma ordenada y clara. Si el arbitraje es de Derecho se recomienda también citar las normas jurídicas y la jurisprudencia aplicables, pero igualmente si se trata de un arbitraje de equidad, pues ello no es incompatible: Si el árbitro de derecho puede y debe aplicar la equidad cuando sea preciso (art. 3 C.C.), el árbitro de equidad no tiene porque excluir necesariamente la aplicación del derecho, pues puede que su aplicación sea lo más equitativo en ese supuesto concreto. Se trata de un error muy frecuente creer que porque el arbitraje sea de equidad no puedan aplicarse normas jurídicas.

Una novedad es la opción de que el arbitraje se desarrolle de forma oral o escrita (art. 30), a elección de las partes o de los árbitros. Es una

interesante aportación que redundará en una mayor agilidad del procedimiento, sobre todo en aquellos casos en que se trate de asuntos menos complejos. Aunque no se recoge, se supone que también será admisible la forma mixta (alegaciones escritas y el resto de forma oral en audiencias).

## **6.- PRUEBA.-**

A la hora de proponer la prueba, el abogado debe saber que no sólo pueden proponer prueba las partes, sino también el árbitro. La búsqueda de la verdad material se constituye así en el principio rector del arbitraje, al permitir al árbitro practicar otras pruebas distintas de la propuestas por las partes contendientes. Nada se dice sobre el momento en que deberán presentarse los medios de prueba, por lo que corresponderá al árbitro indicarlo, bien sea en el reglamento de procedimiento si existe una institución arbitral (recomendable siempre), bien en resolución al respecto.

El objeto de la prueba, como en el proceso judicial, son los hechos. ¿Y cuales son las pruebas admisibles en Derecho?; pues las mismas que recoge el art. 299 de la LEC: Interrogatorios de las partes, de testigos, documentos, etc. En la práctica y dada la índole de los asuntos que comúnmente se someten a arbitraje, las pruebas habituales son los interrogatorios (tanto de partes como de testigos) y los documentos.

La prueba de interrogatorios de partes y de testigos se llevan a cabo sin juramento ni formalidad alguna, bajo la fórmula del interrogatorio cruzado y pudiendo los representantes de las partes interrogar a su propio patrocinado. La presentación de las partes y de los testigos para ser interrogados corresponde a quienes los hayan propuesto, y no suele ofrecer especialidad alguna pues son las partes las interesadas en su práctica. Es aconsejable presentar a los testigos la parte que los propone: El auxilio jurisdiccional en este aspecto, aunque previsto en la Ley, no ha dado buenos resultados.

La nueva Ley hace una referencia específica a una prueba: la de peritos. Se recoge en el art. 32, y el procedimiento de elección no admite duda: Es facultad

de los árbitros su designación y deberá participar en una audiencia tras la presentación del dictamen.

## **7.- CONCLUSIONES**

La Ley no regula específicamente esta fase, pero es evidente que un proceso, del tipo que sea, que no la contenga, parece que le falta algo. Y es acertada esa impresión. Las partes ya han alegado, ya han expuesto sus pretensiones, pero sin ningún apoyo probatorio. Será tras la práctica de la prueba cuando podrán confirmar que los hechos alegados han sido o no probados, exponiendo sus criterios sobre la valoración de los medios probatorios practicados. Es en este momento donde se pone de manifiesto una de las facetas más importantes de su oficio, quizá la que más: La oratoria, el arte de convencer por medio de la palabra. Y será de gran ayuda al árbitro, complementando los criterios que éste tenga sobre el valor probatorio.

Es bastante habitual en las principales instituciones arbitrales que esta fase se desarrolle de forma mixta, es decir, mediante una audiencia oral en la que al mismo tiempo se presenta un resumen escrito de las conclusiones, lo que será de gran ayuda a los árbitros.

## **8.- CUESTIONES QUE PUEDEN AFECTAR AL DERECHO DE DEFENSA**

**Un caso de indefensión: El derivado de una cláusula arbitral defectuosa.-** Iniciado un juicio declarativo como consecuencia de unos incumplimientos contractuales, el demandado alega la excepción de sumisión a arbitraje. El contrato, efectivamente, recogía un convenio arbitral según el cual las desavenencias que pudieran surgir se someterían al laudo arbitral que **dictaría el Colegio de Arquitectos.** Es obvio que según la Ley de Arbitraje el laudo debe dictarse por una persona natural, independientemente de que se pueda dejar su designación a la elección de un tercero por lo que un arbitraje de esas características no es válido. Sin embargo, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial aceptaron que existía una sumisión a arbitraje que sustraía el conocimiento del asunto a la jurisdicción. Interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el mismo fue inadmitido por carecer de contenido constitucional. Cuando la parte interesada, tras haber agotado todos los recursos posibles, acude a la Corporación Profesional, se le informa de lo que es obvio: que como tal Corporación no puede dictar un laudo

arbitral. El justiciable no puede, en consecuencia, ni resolver su controversia por la vía arbitral ni por la vía judicial: Ni la Corporación designada árbitro acepta el arbitraje (por defectuosa redacción del convenio), ni los Tribunales pueden intervenir por la excepción de arbitraje. En mi opinión, tendría que acudirse a un proceso previo que declarara la nulidad de la cláusula.

**Otro caso de indefensión: Los costes del arbitraje.-** Es algo que debería tenerse en cuenta, pues también ha ocurrido. No es frecuente, pero puede suceder (y ha sucedido) que ante una demanda arbitral interpuesta por una empresa en graves dificultades económicas, la parte demandada haya formulado una reconvencción reclamando una elevadísima cantidad de dinero, que ha impedido a la parte actora y reconvenida poder completar la provisión de fondos solicitada, la que, obviamente, tampoco ha formulado la reconviniente. El caso es parecido al anterior: ni puede seguir con el arbitraje ni puede acudir a los Tribunales.

**Efectos de una querella criminal sobre el arbitraje.-** Una situación muy frecuente es la derivada de la tramitación coetánea de un procedimiento arbitral y un proceso penal. Se da efectivamente el supuesto de que, iniciado por una parte un arbitraje como consecuencia de la existencia de un convenio arbitral, la parte contraria interpone una querella criminal, solicitando inmediatamente del árbitro que paraliza el arbitraje por aplicación de lo dispuesto en los arts. 362 y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Obvio es decir que esta táctica suele utilizarse por parte de quien quiere impedir a toda costa un pronunciamiento arbitral, acudiendo a la interposición de lo que en lenguaje coloquial suele llamarse “querella catalana”, que no tiene más objetivo que paralizar un proceso civil o, con infracción del principio de los actos propios, atraer el conocimiento de la controversia arbitral al juez penal. E s t a situación supone un verdadero dilema para el árbitro, pues por un lado su obligación es dictar laudo dentro del plazo fijado incurriendo, si no lo hace, en responsabilidad, ya que la suspensión o la prórroga del plazo sólo procede por acuerdo por las partes. Pero por otro, se expone a que la parte que ha interpuesto la querella interponga otra a su vez contra el árbitro por presunta

prevaricación (con las reservas derivadas de que un árbitro pueda ser sujeto activo de este delito). ¿Cómo actuar en estos casos?

A mi juicio, la solución la ofrece el propio art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que supedita la suspensión del procedimiento al hecho de que la cuestión penal no pueda obviarse o condicione directamente la decisión del procedimiento. En parecidos términos se pronuncia el art. 362 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que accede a la suspensión excepcionalmente cuando la sentencia deba fundarse exclusivamente en la existencia de un delito, o el art. 514 que fundamenta la suspensión en la presunta falsedad de un documento de “influencia notoria”. Fuera de esos supuestos la suspensión es improcedente.

Pero además en el caso del arbitraje existe otra razón para no acceder a una suspensión indiscriminada: La que se deriva del hecho de que un arbitraje no es un proceso judicial, sino un sistema alternativo de resolución de litigios mediante el cual las partes han aceptado resolver sus diferencias excluyendo de forma tajante la intervención de la jurisdicción.

En cualquier caso, una actitud prudente del árbitro permitirá examinar caso por caso cada supuesto, pues no es lo mismo que el presunto ilícito penal denunciado sea, por ejemplo, la falsedad de la firma que autoriza el convenio arbitral, a que lo sea una estafa referida a los bienes objeto de una transacción mercantil.