

JURASSIC PARK

El Retorno de los Dinosaurios Arbitrales

Alfredo Bullard¹

Como en la película de Steven Spielberg, en el arbitraje se intenta renacer de fósiles, “dinosaurios” ya extintos. Pero esos esfuerzos no son de ciencia ficción, sino que aparecen en las revistas jurídicas como expresión de visiones que ya han sido superadas. No sabemos como se extinguieron los dinosaurios, pero sin duda podemos explicarlo por la teoría de la selección natural de Darwin: no pudieron adaptarse al medio que enfrentaban en el que otras “especies”, mejor capacitadas y en competencia con ellas las superaron, llevándolos a la extinción.

Algo similar ocurre con el proceso civil y el arbitraje. En el “hábitat” de las relaciones comerciales el arbitraje supera con creces al Derecho Procesal común. De hecho, el arbitraje (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes. Si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la cámara de comercio, y le pedían que resolviera su conflicto. La cámara designaba a otros comerciantes (no a un abogado) para que, en aplicación de los usos y costumbres comerciales, resolviera el caso. En nada se parecía a un proceso civil. Era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose a un tratamiento justo y equitativo a las partes.

Si uno de los comerciantes se negaba a cumplir el laudo, no se recurría a un proceso legal. La sanción era privada y efectiva: el ostracismo. Nadie del gremio comerciaba con el incumplidor. Los abogados, con nuestros complicados lenguajes, “latinazgos” y exabruptos, no teníamos “vela en el entierro”. No había anulación ni ejecución de laudo, lo que hoy las leyes de arbitraje asumen, muchas veces de manera errada, como consustanciales al arbitraje.

Y las cifras no mienten: donde el arbitraje ha sido “abonado” con flexibilidad, pragmatismos y simplicidad, por leyes adecuadas, está florecido, asfixiando al pesado y retórico derecho procesal incapaz de lidiar con controversias comerciales. Y haría lo mismo en otras áreas si la Ley liberara su fuerza competitiva. Hoy en el Perú, es difícil imaginar conflictos de contratos comerciales importantes que sean ventilados en el Poder Judicial. Virtualmente todo va a arbitraje.

Pero los “dinosaurios” se resisten a perder vigencia, y a falta de habilidades competitivas propias para capturar las preferencias de los comerciantes, recurren a la Ley para protegerse. Entonces pretenden que las Leyes fuercen a que el proceso civil entre a debilitar el arbitraje y reforzar la oportunidad de supervivencia de lo procesal en el campo comercial.

Como bien relata Benson, cuando en los años 20 en Estados Unidos se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos por las cortes ordinarias, procesalizando el arbitraje, la participación de abogados se incrementó dramáticamente. Antes de 1920 la participación de abogados era realmente excepcional. Estas leyes

¹ El autor fue Presidente de la Comisión Técnica nombrada por el Ministerio de Justicia para la elaboración de propuestas de reforma de la Ley General de Arbitraje. Sin embargo las opiniones vertidas en el presente artículo son dadas a título personal y no necesariamente reflejan la de los integrantes de la Comisión.

aparecen por el lobby de los colegios de abogados que veían amenazado su negocio. Según la estadística, la representación con abogados frente a los Tribunales arbitrales de la AAA se incrementó de 36% en 1927, a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91% en 1947.² El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo y la participación de abogados lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation vs. United States* (282 U.S. 30 (1930)) en el que se declaró como boicot, y por tanto contrario a las normas de libre competencia, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o aceptar lo ordenado por el laudo.³

El ejemplo muestra el punto: cuando los abogados procesalistas o mejor dicho “procesaloides” (muchas veces disfrazados de “expertos” con “vocación” arbitral) se ven en la incapacidad de combatir la competencia con armas propias, recurren a la competencia desleal de manipular las normas y los conceptos arbitrales. Pretenden que las leyes sigan su lógica y sus principios alejan al arbitraje de su verdadero propósito, neutralizando sus ventajas. Y los reconoceremos porque el lenguaje y las ideas sonarán extrañas, complejas y ajenas para quien está acostumbrado a arbitrar.⁴

El proyecto de reforma recientemente prepublicado por el Ministerio de Justicia y elaborado por una Comisión Técnica que tuvo la suerte de presidir, ha orientado su trabajo precisamente a reforzar las ventajas competitivas del arbitraje, aquellas que los comerciantes, las empresas y los hombres de negocios apreciaban cuando lo forjaron y reforzaron. Pretende defender para los comerciantes lo que finalmente es de los comerciantes y no de los “procesaloides”. Por eso hay que evitar caer en la tentación de aquellas voces, que rasgándose las vestiduras del proceso civil, pretenden con sus gritos resucitar los dinosaurios. Si su “procesalismo” es tan bueno como dicen, si es superior al arbitraje como pretenden, entonces que compitan abiertamente. Pero háganlo mejorando sus propias instituciones procesales y no lastrando a las arbitrales con un procesalismo que le es extraño.

² Benson, Bruce. “Arbitration” en Encyclopedia of Law and Economics. <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf> p. 169.

³ Ibid, p. 170.

⁴ Un buen ejemplo es un artículo recientemente publicado en Legal Express (Matheus Lopez, Carlos Alberto. “Apostillas al Proyecto de Reforma de la Ley de Arbitraje” Legal Express No. 67, Año 6, Julio 2006. p. 15). Si uno ve las críticas que se hacen al proyecto todas parten de una concepción “procesaloide” del arbitraje y por tanto de ignorar su verdadera naturaleza y ventajas. Son fruto, sin duda, de “impericia” arbitral.