

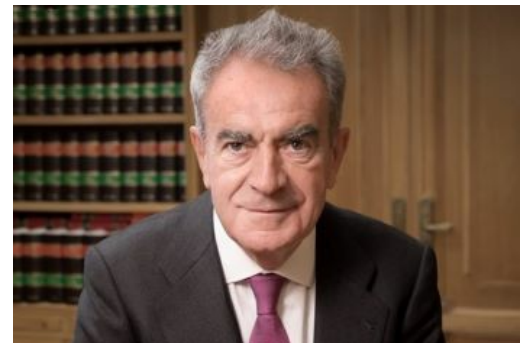
Entrevista a Bernardo M^a Cremades, fundador y primer presidente de la Corte Española de Arbitraje
«El oficio de árbitro ha cambiado significativamente. Antes nuestra labor era artesanal, hoy estamos metidos en una verdadera industria del arbitraje»

20-2-2023 | José Carlos Fernández Rozas

José Carlos Fernández Rozas, director de la revista *LA LEY Mediación y Arbitraje*, entrevista a Bernardo M. Cremades. El fundador y primer presidente de la Corte Española de Arbitraje, hace un repaso por el pasado, presente y futuro de la institución arbitral.

Bernardo M. Cremades es Doctor en Derecho español y alemán, Catedrático de la Facultad de Derecho, abogado de los Colegios de Madrid, París y Bruselas. Académico Numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Fundador y primer Presidente de la Corte Española de Arbitraje. Ha participado en más de 400 arbitrajes internacionales comerciales o de protección de inversiones como abogado, árbitro o presidente del tribunal. Entre varias condecoraciones concedidas, destaca la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort.

En esta entrevista, realizada por José Carlos Fernández Rozas, director de la revista *LA LEY Mediación y Arbitraje*, Cremades hace un repaso al pasado, presente y futuro de la institución arbitral.



La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de año 2021 inició una corriente jurisprudencial que ha sido de enorme importancia consolidando la práctica del arbitraje en España. Como promotor del recurso que motivó este fallo ¿puedes resumirnos cuáles serán a tu juicio las consecuencias de tal consolidación dos años después?

La sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero del año 2021 (LA LEY 2403/2021) efectivamente supone la consolidación de la práctica del arbitraje en España. Desde los años 80 del siglo pasado un equipo de jóvenes abogados quisimos introducir el arbitraje en España. Se constituyó la Corte Española de Arbitraje que vino actuando como verdadero hervidero de reformas: ratificación de los tratados internacionales especialmente el de Nueva York de 1958 y el de Washington de 1965, encuentros en la Escuela Judicial con los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo y el primer presidente de la Corte de Casación francesa que dio como resultado el cambio jurisprudencial en torno a la admisión de los *exequatur* de laudos extranjeros en España, la redacción del texto de lo que sería la ley tipo de arbitraje en América latina y el borrador de la Ley de Arbitraje de 1988 (LA LEY 2257/1988). El punto clave para el éxito del arbitraje en España era sin duda el logro de la convivencia pacífica entre la actividad de los árbitros y la intervención judicial, tanto en su condición de juez de apoyo como de control de los laudos.

El arbitraje internacional en España se concentra fundamentalmente en Madrid; por eso, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid decidiendo como instancia única en la anulación de los laudos arbitrales se convertía en pieza clave para la práctica del arbitraje en España. Nuestra gran decepción se produce al observar que anulaba los laudos arbitrales con excesiva reiteración y no siempre con una justificación clara. Nos vimos forzados a recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional. El caso Larios era paradigmático de la situación: un arbitraje societario, con cláusula de arbitraje en los estatutos sociales para que la disputa entre los socios se dilucidara en equidad. Nombrado el árbitro por el propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el profesor Rafael Jiménez de Parga, entendió que dadas las graves pruebas de abuso del derecho procedía decretar la disolución y liquidación de la sociedad.

Uno de los socios acudió solicitando del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la anulación del laudo, cosa que sorprendentemente decretó anulando la decisión arbitral y paralizando el iniciado ya procedimiento de liquidación de la sociedad. El Tribunal entendía que procedía anular el laudo arbitral por ser contrario a su juicio al orden público, ya

que el laudo arbitral no estaba suficientemente motivado y el Tribunal entendía de forma distinta la valoración de las pruebas presentadas en el procedimiento arbitral.

El Tribunal Constitucional dictó una muy clara sentencia indicando que el orden público no es un cajón de sastre que pudiera abrir la puerta a transformar la acción de anulación del laudo en un recurso de apelación. Indicaba también que las pruebas deben ser valoradas por el árbitro y no por el criterio del juzgador de la acción de nulidad.

Esta sentencia de 15 de febrero del año 2021 ha permitido un cambio radical en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en nuestro país a la hora de controlar posibles anulaciones de laudos arbitrales. Así se garantiza el principio de mínima intervención judicial en el procedimiento arbitral como así lo ordena expresamente la Ley de Arbitraje (LA LEY 1961/2003).

Indudablemente la administración del arbitraje se mueve en un mundo competitivo y la creación del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid implica una competencia directa con arbitraje administrado por otras instituciones internacionales con un alto grado de consolidación y de aceptación ¿Cómo valoras esa relación competencial en la promoción del arbitraje CIAM?

La creación del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) es una muy buena noticia. Creada en su día la Corte Española de Arbitraje fueron surgiendo centros de arbitraje en España con excesiva ligereza, en muchos casos sin actividad arbitral alguna y sólo a gloria de quien la promovía para que pudiera poner en su tarjeta de visita la condición de presidente de un determinado tribunal o centro de arbitraje. Es bueno concentrar las actividades de arbitraje especialmente en materia de arbitraje internacional y por esto bienvenido sea el CIAM.

Las instituciones administradoras del arbitraje son empresas de servicios, de servicios altamente cualificados. Por eso se introducen en el mundo de la libertad de empresa y deben competir con otros centros de arbitraje, tanto a nivel nacional como internacional. Entiendo que la relación competencial no sólo en la promoción sino en la administración y ayuda al desarrollo del arbitraje debe ser muy bien valorada. En el régimen de libre competencia sólo sobrevivirán los centros que sean capaces de dar un buen servicio y así lo hagan conocer a su clientela.

Al margen de la doctrina sentada en materia de anulación de laudos arbitrales ¿consideradas que las funciones de apoyo de la jurisdicción al arbitraje (designación de árbitros, medidas cautelares, auxilio probatorio...) que se realizan en España son adecuadas para convertir nuestro país en una sede confortable para la práctica de arbitrajes internacionales?

Convertir nuestro país en una sede confortable para la práctica de arbitrajes internacionales es un tema muy complejo y exige la colaboración de todos los intervinientes en el mundo arbitral. Con frecuencia nos quejamos de lo difícil que es una colaboración con la judicatura española en temas de apoyo y de control en el procedimiento arbitral, pero la responsabilidad radica también en todos cuantos intervenimos en el procedimiento arbitral. Mi experiencia de haber traído a España arbitrajes internacionales de gran importancia no siempre ha sido positiva. Los abogados somos muy disciplinados frente a los jueces de carrera judicial, pero cuando se trata de un arbitraje a veces vemos comportamientos de abogados, testigos y peritos que dejan bastante que desear. Parece como si el arbitraje a veces es tratado como si fuera una jurisdicción de segunda categoría.

Tras haber participado en más de 400 arbitrajes ¿cuál es tu opinión sobre las nuevas tecnologías? ¿serán efectivas en la práctica del arbitraje y con ello contribuirán a su desarrollo frente a los procedimientos ante los tribunales jurisdiccionales?

La pandemia tuvo unos efectos sociales, económicos y humanos realmente difíciles de olvidar. Sin embargo, en el arbitraje hemos aprendido que los procedimientos no se paraban por encontrarnos aislados en nuestros despachos o incluso en nuestra propia casa. La tecnología nos ayudó a continuar nuestra actividad arbitral. Descubrimos que por una conexión múltiple de pantallas podíamos continuar incluso con audiencias complicadas. Antes había muchos árbitros partidarios de lo que se vino en llamar turismo arbitral; para cuestiones de puro procedimiento viajábamos largos trayectos que hoy podemos realizar desde nuestro despacho profesional. Las largas deliberaciones se hacen hoy en buena medida por intercambio de e-mails. Hemos descubierto un nuevo mundo, el de la tecnología, que nos permite ser más eficaces en el aprovechamiento de nuestro tiempo sin necesidad de perder tantas horas inútiles en aeropuertos, aviones, hoteles, reuniones sin sentido,...

Ya se ha convertido en un tópico habitual la afirmación de que el arbitraje en España «goza de buena salud» ¿Cuáles son a tu juicio los motivos que impiden que el arbitraje doméstico no cuente con un desarrollo paralelo?

El arbitraje se ha puesto de moda. Por las cuatro esquinas surgen los pregoneros de las virtudes del arbitraje y todos ellos coinciden en que el arbitraje en España goza de buena salud. Lo cierto es que pasan los años y el arbitraje doméstico no acaba de despegar, sobre todo si se compara con el número de litigios judiciales. Sin duda, los motivos radican en una falta de confianza en la institución arbitral, el miedo a las presiones de «amiguetes» no perdonables ante un juez de carrera, y sobre todo a la falta de una cultura jurídica propiciatoria del arbitraje como solución de los litigios. A decir verdad, en los últimos tiempos estamos viendo con satisfacción un cada día más alto grado de profesionalidad en los operadores del arbitraje en España.

Tras contar con un amplio respaldo empresarial el 13 de septiembre de 2022 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución favorable a la financiación de los litigios por parte de terceros que dio lugar a una propuesta de Directiva que establece normas comunes mínimas aplicables a los terceros financiadores de litigios incluyendo el arbitraje ¿cuáles son las ventajas del *third party funding*?

El *third party funding* es una institución reciente, primero en el mundo anglosajón y hoy bastante conocida en nuestros países de cultura jurídica continental. La financiación de terceros de litigios tiene como presupuesto de salida la posibilidad de participar el profesional del derecho y terceros financiadores en los resultados del procedimiento arbitral o en su caso judicial. La admisión del *third party funding* supuso la legalización práctica del pacto de cuota *litis*, tan mal visto no hace mucho por la deontología profesional del abogado.

En España resultaba muy difícil solicitar a los fondos anglosajones la financiación, pues estos no tenían la infraestructura para administrar la financiación de arbitrajes en aplicación de un derecho ibérico y sobre todo en lengua española. La avalancha y la importancia de los arbitrajes de protección de inversiones con ocasión de las energías renovables en España abrió el apetito de estos fondos y se fueron acostumbrando a financiar litigios, extendiendo su actividad no sólo a los arbitrajes de protección de inversiones, sino también a los comerciales y a los litigios judiciales.

El *third party funding* garantiza el acceso al arbitraje internacional, que normalmente suele ser enormemente costoso para las empresas sin músculo financiero y sobre todo para las personas físicas. Permite trasladar el riesgo que todo procedimiento judicial o arbitral implica, ya que la remuneración del fondo financiador sólo tendrá lugar si se obtiene un laudo exitoso.

El Parlamento Europeo aprobó la citada resolución con una propuesta de directiva estableciendo normas comunes mínimas aplicables a los terceros financiadores de litigios. Fundamentalmente, se solicita un control de los fondos equiparable al control de las entidades financieras y respecto de la relación fondos-clientela unas normas mínimas para evitar posibles abusos.



En otros sistemas los terceros financiadores están abandonando su papel tradicional de inversores externos para las partes o las firmas de abogados para convertirse en socios internos o, incluso, propietarios del litigio y de las firmas de abogados como respuesta a la falta de disponibilidad de los préstamos empresariales tradicionales para cubrir una necesidad crucial del mercado ¿son estas prácticas posibles en España?

La evolución que está teniendo la financiación de terceros en el mundo del arbitraje internacional es realmente espectacular. Lo que empezó siendo una actividad de antiguos abogados litigantes asociados a expertos en financiación internacional, se ha convertido en una verdadera industria. Dichos fondos cotizan en la bolsa de valores, manejan unos balances de actividad impresionantes. Junto a la financiación concreta y específica de litigios que estos fondos realizan inversiones de cartera en los despachos de abogados o en las asesorías jurídicas de las grandes empresas.

Hoy en Estados Unidos se analiza con preocupación el paso que se está dando de financiación externa hacia una participación en la sociedad gestora de los grandes despachos de abogados. ¿Pueden financieros no abogados determinar la estrategia procesal de un despacho de abogados? ¿No cabe el riesgo de colonización exterior de la economía o de determinados sectores sensibles por una financiación descontrolada de los litigios? Incluso no faltan voces preocupadas por la posible labor de espionaje de un estado extranjero sobre los controles financieros de los fondos.

El litigio se ha convertido en un verdadero activo financiero; los litigios se financian con sindicación en la que pueden participar diferentes fondos; los laudos se compran y se venden en el mercado financiero secundario. Estas prácticas no sólo son posibles en España sino que ya se están desarrollando en la práctica.

Hace dos décadas desde varios sectores sociales viene atacándose al arbitraje de inversiones descansando las críticas, esencialmente, en la existencia de conflictos de intereses de los árbitros, la inconsistencia en la jurisprudencia, y el costo y la duración del arbitraje de inversión ¿Considera que estas críticas tienen alguna justificación?

El arbitraje de protección de inversiones está funcionando y está funcionando bien. Los conflictos suelen ser importantes no sólo por la cuantía sino por la repercusión que tienen en la opinión pública, sobre todo pensando que el demandado es un estado soberano que debe dar transparencia pública a los compromisos que pueda ir adquiriendo como consecuencia de su participación arbitral. Sin duda, el arbitraje de protección de inversiones es, mejor dicho ha sido, objeto de fuertes críticas; al principio, de los estados bolivarianos y después en general por los representantes de los estados; criticaban que los inversores salían siempre victoriosos, cosa que las estadísticas se han encargado en cuestionar; se indicaba que existían conflictos no declarados de intereses de los árbitros, pero hoy el nombramiento de un tribunal pasa por un exhaustivo examen de los candidatos a ser nombrados. La transparencia es crucial para la vida del laudo arbitral que surja del procedimiento y en su caso para evitar responsabilidades de los árbitros que no hubieran hecho las declaraciones sobre posible relación con alguna de las partes; se ha criticado el coste y la duración del arbitraje de protección de inversiones, pero los temas tratados no suelen ser de fácil decisión y conocimiento, por lo que el procedimiento se dilata y los costos se incrementan, pero la duración del procedimiento arbitral muchas veces es debida a los abogados de parte que están muy ocupados y cuando al principio se hace el calendario del procedimiento choca que la propia parte demandante pida seis u ocho meses para presentar su demanda arbitral cuando ha tenido años de preparación.

La Comisión Europea se hizo eco de todas estas críticas y ha intentado tomar el liderazgo para sustituir los tribunales del arbitraje basados en los diferentes tratados como ahora es el caso por tribunales permanentes. Estaríamos ante tribunales judiciales internacionales, compuestos por funcionarios quienes a diferencia de los árbitros su gran preocupación es la estabilidad en el empleo, característica de todos los funcionarios. La pregunta clave será en el futuro si los inversores y sobre todo también los estados tendrán más confianza en estos tribunales permanentes o por el contrario querrán seguir yendo por la situación actual donde los árbitros con todos los defectos que podemos indicar sin embargo se dedican con exclusividad a los temas que están conociendo y con una mentalidad, no burocrática, propia y próxima del mundo de los negocios.

Con el paso del tiempo estamos de acuerdo que el arbitraje de protección de inversiones necesita modificaciones. Pero están en la mano de los estados que negocian los tratados internacionales, son los propietarios del CIADI como accionistas del Banco Mundial y dirigen los organismos en los que se discuten las reformas a introducir como UNCITRAL.

La creación de un Tribunal de inversiones permanente es una posibilidad que no sólo puede sustentarse desde una perspectiva teórica. La UE se ha hecho eco de las reclamaciones efectuadas desde distintos sectores sociales vinculadas a la crítica del arbitraje de inversiones

por considerar su vinculación a las grandes empresas multinacionales corporaciones globales. Habida cuenta que la UE está a la vanguardia del impulso para la reforma y que la UNCITRAL tienen muy avanzado un proyecto en favor de esta opción ¿Cuáles son las posibilidades reales de esta última? ¿Supondría ello el fin del modelo tradiciones del arbitraje de inversiones?

Como digo, el éxito de estos tribunales permanentes dependerá de como estén configurados, cómo funcionen y la confianza que les otorguen inversores o estados receptores de la inversión. La moda es en conferencias y congresos hablar de estos tribunales permanentes, la práctica nos dirá si este tejido de arbitrajes que hoy está funcionando va a continuar porque disfruta de la confianza de las partes o por el contrario estas preferirían acudir a tribunales permanentes. El arbitraje lo hemos dicho antes genera instituciones administradoras del arbitraje y estas son entidades que deben competir en el libre mercado.

En estos momentos varios países incluido España han declarado su intención de abandonar el Tratado de la Carta de la Energía por no estar de acuerdo con el sistema de arreglo de controversias que incorpora y parece que incluso la Comisión Europea está decidida a respaldar esta actitud coordinada del ECT ¿Cómo pueden conciliarse los derechos de los inversores con las exigencias de la denominada transición energética en un contencioso sobre protección de inversiones? ¿Qué alternativas crees que son viables?

El Reino de España, por desgracia, ha sido cliente muy frecuente del arbitraje de protección de inversiones en aplicación del Tratado de la Carta de la Energía. La culpa de tantas condenas y del complicadísimo vía crucis por el que ha tenido que pasar nuestro país se debe a juicio de nuestros políticos a la Carta de la Energía y por eso como mal perdedor hemos protagonizado en Europa la denuncia por diferentes estados de la Carta de la Energía, y hoy se está planteando de forma seria el abandono por la propia Comisión Europea. Sin embargo queda mucho derecho transitorio por caminar. Al final, puede suceder que los arbitrajes no se basen ya en la Carta de la Energía sino en los tratados bilaterales o multilaterales o simplemente en acuerdos individualizados de inversión con cláusulas de arbitraje. Lo que está claro es que todo inversor a la hora de decidir su inversión tiene que valorar los riesgos y el riesgo jurídico es muy importante. Veremos si los inversores negocian caso a caso con los estados receptores de la inversión como en los comienzos del arbitraje internacional de protección de inversiones.

Desde tu participación en el asunto *Norsolor* en 1976 el denominado oficio de árbitro ha cambiado significativamente. El balance de esta evolución ¿ha sido siempre positivo, o se ha dejado alguna cosa en el camino?

Efectivamente desde 1976 a la fecha de hoy el denominado oficio de árbitro ha cambiado significativamente. En aquel entonces nuestra labor era artesanal, hoy estamos metidos en una verdadera industria del arbitraje.

Los memoriales escritos por las partes se cuentan por centenares de páginas. Los argumentos se repiten ocho o diez veces desde que empieza el anuncio del arbitraje hasta las conclusiones finales después de la audiencia. Los testigos y sobre todo los peritos se multiplican en exceso. Los laudos arbitrales son muchas veces verdaderos tratados repetitivos. Las audiencias duran y duran, muchas veces para el simple lucimiento de los abogados de parte. Las salas de audiencia permiten juntar por docenas los abogados de parte que en su mayoría permanecen silenciosos.

Tengo la impresión de que con la complicación que en la práctica tiene el arbitraje hoy en día estemos matando la gallina de los huevos de oro. Sería bueno que todos reflexionáramos para acercarnos más al modelo artesanal de 1976 que al de la gran industria arbitral en la cual estamos inmersos. Difícil tarea esta cuando hay tantos intereses profesionales en juego.