

EL SOFÁ DEL ARBITRAJE

DR. RAMIRO BEJARANO GUZMÁN

La ponencia del profesor RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ, Director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, sobre el arbitraje en Colombia, no aborda el problema de los procesos arbitrales en su hora actual, sino que consiste en una encendida y parcializada defensa del proyecto de ley que el año anterior impulsó el Gobierno Nacional, por fortuna sin éxito, llevado de la mano del muy distinguido ponente, quien a la usanza de los maridos traicionados, lamentablemente supone que el culpable de la traición es el sofá en el que se perpetró la infidelidad, como adelante lo demostraré, previas algunas pinceladas sobre el ágil documento de nuestro muy ilustre invitado.

En verdad como soy testigo del talento e ingenio del ponente, soy también el primero en deplorar que haya utilizado este amable escenario del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, para descargar furias contra el derecho procesal, al que le atribuye dos supuestos males: el caos de la legislación actual sobre arbitraje y la responsabilidad de que en el Congreso de la República se hubiese sepultado el esperpento del proyecto de ley que él con sus amigos, entre otros el tristemente célebre Fernando Londoño Hoyos, quisieron imponerle a sangre y fuego al país.

Como estas breves ideas de alguna manera constituyen respuesta a ese memorial de agravios del muy respetado profesor BERNAL GUTIÉRREZ, llamo la atención de quienes se interesen en estas escuetas líneas, sobre la necesidad de leer este artículo confrontándolo con la ponencia a la que me refiero.

Para empezar es bueno recordarle al enardecido ponente que califica de *Quasimodo Legal* la actual legislación nacional sobre arbitraje, que fueron él y sus amigos de la Cámara de Comercio de Bogotá, los gestores, patrocinadores y coreactores de los decretos 2279 de 1989, 2651 de 1991

y el Decreto 1818 de 1998, que hoy critica en su confusa argumentación, de la que lo único que queda claro es el celoso culto que rinde a las potencias extranjeras que están a la espera de que Colombia sucumba a sus pies aprobando estatutos arbitrales concebidos a imagen y semejanza de sus intereses empresariales.

No hubo un solo procesalista en la decisión inconsulta de la Cámara de Comercio de Bogotá, en mala hora acogida por el Gobierno de turno, de impulsar en 1989 la derogatoria de la legislación arbitral prevista en los estatutos comercial y procedimental, de manera que no acierta quien pretende enrostrarle al procesalismo colombiano la responsabilidad de una situación caótica que se debe a sus congéneres y contertulios.

Al jurista Bernal Gutiérrez le parece que el Decreto 2282 de 1989 fue un buen intento "*para colocar el tema al nivel de los principios que lo rigen en el mundo*", pero censura la presencia ulterior de las reformas del Decreto 2651 de 1991. Obviamente, prefiere ignorar los desaciertos del estatuto que en 1989 sacó el arbitraje de los códigos Comercial y Procesal, para regularlo de manera tan desordenada como impropia, porque es sabedor de que él no fue ajeno a esa estrujada legislación, que ahora se justifica con la estrambótica explicación de que todo lo que ocurrió en 1989 fue un simple ensayo de ponernos a tono con las corrientes mundiales.

Se duele además el profesor BERNAL GUTIÉRREZ de que el Parlamento Colombiano no hubiese aprobado el engrendo del proyecto de arbitraje que pretendió reproducir en Colombia el sistema UNCITRAL de arbitramento, del todo ajeno a nuestras costumbres y necesidades internas, del cual fue su inspirador en la sombra, como así lo reconoce en su ponencia.

Menos mal que no triunfaron los cipayos criollos que pretendieron imponer un sistema arbitral en el que las partes puedan derogar las normas de orden público como las procesales, o en el que los laudos no tengan necesidad de ser fundamentados, o en el que los fallos proferidos por tribunales extranjeros estén a salvo del trámite del exequátur, o en el que se mira con desprecio a los jueces ordinarios pero se les convierte en auxiliares de la justicia arbitral, y en fin, un proceso arbitral diseñado para dirimir controversias internacionales, que por lo mismo deviene oprobioso para los intereses nacionales.

No es el procesalismo colombiano quien ha confundido el arbitramento interno con el internacional, sino quienes tercamente pretenden imponer como legislación nacional los reglamentos de varios centros de arbitraje

que administran controversias internacionales, en las que sí tienen sentido algunas determinaciones, que en el concierto patrio resultan definitivamente tan exóticas como inconvenientes. Todo ello al iracundo ponente sobre el arbitramento en este XXV Congreso, le parece que es tema de Perogrullo, aunque de todas maneras hay que reconocerle la valentía al pregonar su ignorancia sobre el derecho procesal.

En últimas, el fogoso ponente insinúa que quienes no piensan como él son protagonistas de intereses particulares vestidos de colectivos, aunque prefiere no dar ninguna explicación a la coincidencia de haber ejercido con acierto y competencia su alta investidura de Director de un Centro de Arbitraje tan importante como el de la Cámara de Comercio de Bogotá, simultáneamente con la de promotor de un proyecto de arbitraje para Colombia, además copiado de un centro arbitral extranjero.

Con el argumento simplista de que así como es posible sustancialmente que quien es titular de un derecho puede disponer libremente del mismo, de igual manera debería permitírsele definir a su antojo "*con largueza*" el modo de ejercer sus derechos, el acucioso defensor del proyecto de ley sepultado, pretende que Colombia entera caiga en el artificio de meter en una misma camisa de fuerza los derechos subjetivos de naturaleza individual y el derecho público de administrar justicia. El muy ilustrado doctor Bernal Gutiérrez sindicó al resto de los mortales que no participan de sus eufemismos, de ignorantes y desconocedores del derecho civil y mercantil, abrogándose para sí la estatura de sabio. Tal parece que es otro quien no aprovechó las clases no sólo de civil y comercial, sino las del más elemental derecho público, al pretender reducir el servicio público de la administración de justicia, que no le es ajeno a ninguna organización estatal, a la especie venal de que cuando ella verse sobre derechos subjetivos de naturaleza individual nada ha de importarle al Estado, pues todo ha de girar en el universo del más puro y recalcitrante ius privatismo. Tan disparatada tesis ni siquiera se les ha ocurrido en los países que tanto deslumbran a quienes la sostienen.

Como se aprecia, la perspectiva tan demoledora del ponente acerca de la situación del arbitraje en Colombia se funda simplemente en que no fue aprobado el proyecto de ley, pero otra cosa pensamos quienes desde otra orilla y despojados de intereses o instrucciones gremiales hemos llegado a la conclusión de que el mal del arbitramento no está en las normas actuales, sino en los vicios que han venido haciendo metástasis en muchos de los procesos arbitrales que se han tramitado y se siguen ventilando en Colombia.

El arbitraje nacional no está en coma por razón de la normatividad actualmente vigente, como lo sentencia con singular audacia el muy querido Director del Centro de Arbitraje más importante del país, sino por otras causas, muchas de las cuales comprometen la transparencia y eficacia del sistema arbitral.

La ardentía con la que se defendió el proyecto del arbitraje ha debido invertirse en el tratamiento de otros problemas ciertamente muy graves, que son los que no pueden confundirse con el famoso sofá al que hicimos referencia al inicio de esta coloquial respuesta a la ponencia del tratadista BERNAL GUTIÉRREZ, entre otros cito solo algunos:

1.- La creciente politización en la integración de las listas de árbitros de ciertos centros de arbitraje.

En efecto, de la noche a la mañana la lista de árbitros de muchos centros de arbitraje, inclusive de algunas cámaras de comercio, parecen ser directorios políticos, o expresiones de un "*clientelismo arbitral*". Los ex funcionarios de cada Gobierno escampan cómodamente en esas listas, y a la manera de los cocodrilos que permanecen largas horas con sus fauces abiertas a la espera de que algo caiga, aguardan pacientemente que un buen día les caiga también un arbitramento, que además de mantenerlos vigentes en una profesión que han ejercido poco, les permita reportar jugosas remuneraciones.

No hay duda de que la forma como se integran en los últimos años las listas de los centros de arbitraje es algo más que caprichosa, pues excepcionalmente figuran en ellas verdaderos juristas, con merecimientos propios, o con prestigios construidos en el litigio, la docencia o en el ejercicio de la magistratura.

Ex ministros, ex viceministros, ex directores de departamentos administrativos, ex funcionarios de la casa presidencial, en fin, personajes sin duda muy importantes en el complejo mundo de la política, de la noche a la mañana, por cuenta del dedo nominador de los Centros de Arbitraje se convierten en connotados juristas habilitados para dirimir controversias en relación con las cuales jamás habían tenido contacto.

Soterradamente algunos Centros de Arbitraje están contribuyendo a la politización de la justicia, al vincular como sus árbitros a profesionales de derecho avezados en la política y no en la jurisprudencia.

2.- El desconfiable sistema del sorteo de los árbitros.

Cierto es que cuando las partes no designan de común acuerdo a los árbitros que han de dirimir la controversia, los Centros de Arbitraje acuden a un mecanismo de sorteo, que aparentemente es transparente, pero que por sus resultados deja mucho que desear.

En muchas ocasiones he estado tentado a sugerirle a uno que otro de los árbitros premiados por los geniales computadores de ciertos centros de arbitraje, que aprovechen su suerte en el Baloto o en loterías semejantes, porque en verdad asombra que en una misma sesión puedan resultar escogidos para dos o más casos.

Por supuesto, sin duda lo más censurable de estos sorteos de árbitros se presenta en la conformación del universo de posibles personas a designar, conformado de forma tan arbitraria como silenciosa, de manera que el usuario nunca tiene cómo controvertir si están todos lo que son, o si son todos los que están.

3.- Las oscuras telarañas de intereses sórdidos que se tejen en los tribunales de arbitramento.

En Colombia el arbitramento más que un proceso es una industria, y por ello hoy contamos con una categoría de industriales del arbitraje. Se trata de una verdadera conspiración de la que todos silenciosamente estamos noticiados, que la vemos actuar en veces sigilosamente, pero últimamente con arrojo y descaro insuperables.

Me refiero a esa organización del crimen de delincuentes de cuello blanco, que desde encumbradas oficinas de asesores particulares se distribuyen los más variados oficios a desempeñar en los tribunales de arbitramento, de manera que unas veces son socios en un litigio, en otras se enfrentan, o en las más el uno funge de árbitro y el otro como abogado, no sin olvidar la vergonzosa maniobra con la que en torno a las controversias sobre contratos estatales suelen ejecutar reconocidas camarillas de leguleyos ansiosos de hacer de los pleitos arbitrales mecanismos de jubilación profesional.

A tales sucesos tampoco es ajena la avivatada de ciertos juristas que con ocasión de su designación como árbitros en un caso específico pretenden montar el negocio de la justicia privada desde sus oficinas, no sólo habilitando sus salas de juntas como salones de audiencias, sino

haciendo partícipes a sus socios de otras responsabilidades del litigio que les ha sido encomendados, bien nombrándolos secretarios o peritos, sin que importe para nada el estar incurso en una causal de impedimento o de recusación.

Tan grave es el asunto que ya hoy hay quienes de tanto oficiar como peritos en los tribunales agenciados por sus amigos árbitros, se han creído con derecho suficiente a pregonar en sus hojas de vida que detentan una nueva profesión: la de perito. Lo que es un oficio ocasional y de auxilio a la justicia, los buscadores de tesoros de los tribunales, lo han convertido en una profesión.

A la Procuraduría General de la Nación le compete duplicar sus esfuerzos en el control y vigilancia de los tribunales de arbitramento, no sólo aquellos en los que intervienen entidades estatales, sino en todas las controversias.

4.- Las indelicadezas de algunos árbitros que asumen la responsabilidad de administrar justicia aun en presencia de causales de impedimento y recusación.

En el mismo orden de ideas, un mal que está atacando de raíz los tribunales de arbitramento, es el hecho afrentoso de que muchos árbitros aceptan sus encargos en presencia de causales inocultables de impedimentos y recusación, no sólo por razones de amistad íntima sino también de enemistad grave con algunos sujetos procesales, las cuales se pretenden disipar con la frágil justificación de que si las partes nada dicen, el problema queda allanado y resuelto.

Peor aún la sórdida postura de aquellos árbitros que advertidos de que no pueden asumir como tales, o que no pueden continuar ejerciendo esa responsabilidad, deciden escudarse en el alegato moralista de que son hombres impolutos que han ejercido su profesión por muchos años y que, por lo mismo, están a salvo de cualquier motivo que los inhabilite; o en últimas que no prevaricarán, como si las causales de impedimento o recusación estuviesen sujetas al sentido del fallo a proferirse. Con razón alguien dijo que la moralidad pública es el refugio de los bribones.

Son numerosos los tribunales de arbitramento en los que se ven oficiando a grandes amigos y reconocidos enemigos, en distintos bandos, sin que nadie se atreva a plantear recusaciones por el temor de verse expuesto a un fallo adverso.

Sin duda algunos centros de arbitraje concientes de que en este aspecto hay una bomba cuya mecha está prendida desde hace mucho tiempo, en sus reglamentos han incluido motivos que inhabilitan a los árbitros a oficiar en determinados asuntos, concebidos más allá de la óptica de las causales de impedimento y recusación previstas en el Código de Procedimiento Civil. Sin duda tal decisión es acertada, pero podría ser perfecta si esos mismos centros de arbitraje tuvieran el valor de aplicarlas con la estrictez con las que están concebidas esas motivaciones para que un árbitro eventualmente no actúe como tal en un litigio.

5.- La impericia de ciertos árbitros para manejar los asuntos encomendados a ellos, no sólo en cuanto a los aspectos de fondo sino como jueces de un proceso oral como el arbitraje.

El arbitramento es un proceso oral, supuestamente reputado como una instancia administrada por juristas competentes, empero la práctica está mostrando otra realidad.

En efecto, el contenido de ciertos fallos arbitrales es sencillamente pobre, por decir lo menos. No es, por supuesto, la extensión de una providencia lo que la hace profunda sino su contenido, y en ese escenario lo que está arrojando la experiencia de los últimos años es mediocridad creciente e insalvable.

A lo anterior se suman el desdén con el que ciertos árbitros asumen sus funciones y la impericia para conducir audiencias y diligencias. Baste recordar esos tribunales cuyos árbitros suelen encontrarse a la misma hora en la que ha de iniciarse una audiencia, la cual naturalmente ha de postergarse mientras los jueces internamente se ocupan de enterarse o de preparar las decisiones que han de proferir. Es decir, muchos árbitros parecen no entender que a la hora de iniciarse una audiencia, ellos ya deberían tener estudiado y decidida una bitácora, para no entorpecer el *proceso*.

Por supuesto, la falta de práctica se convierte en un factor de permanente perturbación en los juicios arbitrales, porque jueces inexpertos se enfrentan a situaciones que requieren de conocimientos y habilidad abundantes, que algunos árbitros registran en los avatares de la política *partidista*.

CONCLUSIÓN

Como se ve, la calentura no está en las sabanas, ni el sofá es el culpable de las felonías de un sistema que como el arbitraje, sin duda ha contribuido a solucionar litigios muy importantes, pero que en la hora actual atraviesa una de sus peores crisis.

La solución al problema no está en entronizar en nuestra legislación el sistema UNCITRAL, ni en copiar reglamentos de centros de arbitraje extranjeros. Nuestra legislación requiere sí algunos ajustes, porque en materia de leyes no hay ninguna perfecta o que no admita correctivos.

Reivindico, pues, al derecho procesal, tan injustamente ultrajado por el ponente, de las falsas imputaciones que se le han enrostrado en el marco de este nuevo Congreso Nacional de Derecho Procesal en relación con el caos o los males del arbitramento, y llamo a la serenidad al autor de tan injustificados cargos, para que en lo que a él atañe tome nota de estas breves consideraciones que también dejo a la ilustrada consideración de la magna asamblea del procesalismo de Colombia, para que el arbitraje vuelva prestar el valioso servicio que durante muchos años prestó a la sociedad colombiana.

Bogotá, julio de 2004.