

Arbitraje: ¿solución o problema?

● POR GONZALO LORENZO, SOCIO DEL ESTUDIO JURÍDICO SCELZA & MONTANO

Fue publicado recientemente en la prensa (El Observador, 9 de abril de 2014) que habría resultado comprometida la chance de Uruguay de obtener un resultado favorable frente a la empresa Philip Morris por el arbitraje que se lleva adelante ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI, perteneciente al Banco Mundial), a causa del reclamo de la compañía tabacalera por los supuestos daños generados por la política uruguaya restrictiva del tabaco. La noticia sirve como disparador para repasar algunas

cuestiones relativas al arbitraje, que deberían ser conocidas por los diversos operadores económicos y sociales.

El arbitraje se origina en un acuerdo de voluntades, generalmente inserto en un contrato (cláusula arbitral o compromisoria). Puede realizarse también antes o después de la firma de un contrato, convenio o tratado. Luego, el proceso se formaliza con la previa suscripción de un compromiso arbitral, donde se establece el objeto y el procedimiento, entre otras cosas.

Hay arbitrajes entre privados y entre Estados u organismos internacionales, pero también –como el caso que mencionamos arriba– entre los particulares y los Estados.

Lo común a todos los arbitrajes, es que el Estado renuncia en determinadas materias a una parte de su potestad jurisdiccional. Renuncia a juzgar, aunque nunca renuncia a hacer ejecutar lo juzgado. El

Estado acepta que las decisiones en ciertas materias sean resueltas por un tribunal privado, no estatal. Sin embargo, no renuncia a hacer ejecutar lo juzgado para el caso de que la sentencia arbitral, no sea cumplida voluntariamente, porque el Estado debe tener el monopolio de la coacción. Hay, por supuesto, ciertas materias que no son arbitrables, en particular todas aquellas sobre las que no se admite la transacción (típico caso, lo relativo al estado civil de las personas).

Los arbitrajes se dividen habitualmente en arbitrajes *ad hoc* e institucionales. Los primeros son los que se pactan en cada caso por las partes, y en los cuales se fija una designación y un procedimiento específico desvinculado de cualquier institución. Los segundos, son aquellos que se rigen por el reglamento que puedan tener instituciones que se dedican a esto, como es el ejemplo mencionado del CIADI, pero también por instituciones privadas como

las cámaras de comercio, o instituciones gremiales, entre otras.

El procedimiento arbitral es cada día más aceptado por los diversos operadores privados y públicos. En el ámbito público, luego de muchos años de resistencia del Estado a resignar su derecho a juzgar, ha venido siendo aceptado, en particular en el marco de los tratados de protección de inversiones bilaterales (los denominados BIT por la sigla en inglés de la denominación Bilateral Investment Treaties) que Uruguay ha firmado con un número importante de países. El Uruguay ha aceptado el arbitraje debido a la reticencia de los países “inversores” en aceptar la actuación de la justicia ordinaria. Los problemas de falta de imparcialidad que pesan en los sistemas judiciales de otros países de la región, han generado estas inseguridades, que el arbitraje pretende solucionar, por lo menos desde el punto de vista de los inversores. Se genera, no obstante la incertidumbre, respecto del Estado uruguayo, sobre si los tribunales arbitrales no serán por su parte más bien parciales en defensa del supuesto inversor. En este sentido, justamente, resulta trascendente la elección entre utilizar un arbitraje *ad hoc* o institucional. En general, los BIT recurren al arbitraje institucional y creemos que es correcto.

El arbitraje institucional tiene varias ventajas. La primera es que las instituciones –en particular las creadas por organizaciones

internacionales– responden justamente a una organización que en la mayoría de los casos está compuesta por los propios países cuyos miembros están en conflicto. Salvo las notorias diferencias de poderío político o económico de sus miembros (lo que corre por carriles que no pueden medirse), no podría haber parcialidad de los árbitros favoreciendo a uno u otro de sus miembros. Por otro lado, cuando se deja el nombramiento de los árbitros a la propia institución, esta elige mediante un procedimiento reglamentario con criterios objetivos, garantizando precisamente su imparcialidad ya sea por su origen, nacionalidad, actividad, profesión, etc. La otra ventaja fundamental es la existencia de normas reglamentarias supletorias de la voluntad de las partes, de manera que todo lo no previsto por ellas en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral, viene a ser llenado por los reglamentos de la institución. Además, un tema no menor es la existencia del apoyo institucional al proceso mismo lo que incluye desde el soporte locativo (si es posible según la sede del arbitraje) hasta el soporte material básico para llevar adelante el proceso.

Al momento de pactarse el arbitraje varias son las cuestiones para tener en cuenta para su éxito, fuera de la elección de los propios árbitros. En primer lugar la elección adecuada de la sede. Esta es esencial en los arbitrajes internacionales, porque garantiza el derecho de defensa. Una sede

inaccesible vulnera este derecho. Además, las cuestiones que no puedan ser resueltas por los árbitros, deberán dirimirse ante el juez competente en el Estado de la sede (tal el caso de la citación de testigos, o la realización de pruebas que requieran cierto grado de coerción).

En segundo lugar, la existencia de una legislación favorable al arbitraje que permita un soporte adecuado a los árbitros, así como la eventual ejecución del laudo. En tercer lugar, la determinación precisa del objeto del arbitraje. En cuarto lugar, la elección de un procedimiento que garantice el debido proceso.

Uruguay es parte de las grandes convenciones internacionales de arbitraje (en particular la Convención de Nueva York de 1958) y tiene normas específicas en el Código General del Proceso. No obstante, es importante que se logre aprobar una ley general de arbitraje que está a estudio del parlamento, y que regula con más detalle todos los aspectos esenciales del mismo. Ello podría convertir a Uruguay en un centro de arbitraje con enormes beneficios para los operadores jurídicos y económicos.