

Arbitraje en el seguro y el reaseguro ¿jurisdicción ordinaria o arbitraje?*

SERGIO RUY BARROSO DE MELLO**

Fecha de recepción: 21 de marzo de 2006

SUMARIO

Introducción

Concepto de arbitraje

Naturaleza del arbitraje

Características

El papel de la autonomía de la voluntad como fundamento del arbitraje

* Ponencia presentada por la Sección brasileña de AIDA EN EL IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Seguro, Guadalajara, México, 2006

** Profesor de las universidades Federal y Estadual de Río de Janeiro y de la Fundación Escuela Nacional de Seguros. Doctor en derecho de seguros y reaseguro de la universidad de Santiago de Compostela, España.

Miembro efectivo de la comisión especial de arbitraje de la Federación Nacional de Empresas de Seguro de Capitalización - FENASEG. Representante brasileño en el grupo internacional del trabajo de reaseguros de AIDA.

Arbitrabilidad

Legislación extranjera y cláusula compromisoria en el contrato de seguro

Efectos de la cláusula compromisoria en los contratos de seguro y reaseguro

Obstáculos a la constitución de los tribunales arbitrales

Medidas cautelares en sede arbitral o judicial

Condiciones para el ejercicio de la función de árbitros y las especificidades del sector de seguro

El principio genérico de la imparcialidad de los árbitros

El papel de la ética en el arbitraje

Aspectos prácticos del arbitraje

INTRODUCCIÓN

Tiene merecido el estudio de los medios alternativos de solución de litigios una profunda atención a lo largo de los últimos congresos del CILA.

El VI Congreso del CILA, realizado en Cartagena de Indias, Colombia, el mayo de 2000, empezó el examen del tema, desde el abordaje directamente vinculado a *la evolución y perspectivas de protección de los asegurados*, en conferencia proferida por el eminente profesor ALEJANDRO VENEGAS FRANCO, en representación de la Sección colombiana.

En el congreso siguiente, que en Rosario, Argentina, se ha realizado, a la Sección brasileña de AIDA competió el examen de la figura del *defensor del asegurado*, sus funciones y experiencias en el contexto del derecho del seguro, y el tema de la conferencia lo expuso el eminente Dr. LUIS FELIPE PELLON.

El VIII Congreso del CILA, realizado en Río de Janeiro, Brasil, el 2003, se abordó la *mediación y el arbitraje*, y ya, en aquel entonces, con la certeza de que exigía la solución de las controversias otras herramientas alternativas más allá de aquéllas internamente motivadas por las propias empresas. El trabajo, a cargo de la Sección chilena de AIDA, lo ha coordinado el eminente profesor OSVALDO CONTRERAS STRAUCH.

En el presente IX Congreso, quedó la Sección brasileña de AIDA encargada de examinar el tema relativo a la solución de conflictos *bajo el análisis estrictamente jurídico de los institutos de la jurisdicción arbitral*.

Hemos presentado el tema de forma pragmática y objetiva, con el foco en las relaciones de seguros y reaseguros, y hemos hablado sobre cuestiones de tipo teórico, directamente relacionadas a la materia arbitral, a los efectos de demostrar claramente las marcas de su diferencia con relación a la jurisdicción ordinaria.

CONCEPTO DE ARBITRAJE

En términos conceptuales podemos decir que constituye el arbitraje un medio paraestatal de solución de conflictos, el que se inserta en las conquistas logradas por la “tercera ola de renovación” del derecho procesal.

Se trata de un medio de heterocomposición del conflicto, en el que éste se soluciona por un tercero, extraño al conflicto.

La solución del litigio, por tanto, la suministra alguien que no es el titular de ninguno de los intereses en conflicto. Es el arbitraje, por decirlo así, una justicia a la medida, para el caso presentado, en oposición a la justicia ordinaria, donde la solución se logra de modo uniforme.

Constituye el arbitraje el sistema de solución de litigios, en todos los niveles del derecho, que no estén expresamente excluidos de la legislación, lo que incluye las controversias relativas a los seguros y reaseguros.

NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Tiene el arbitraje naturaleza jurídica mixta, *sui generis*, contractual en su fundamento y jurisdiccional en la forma de la solución de los litigios y en las consecuencias que en el mundo del derecho provoca.

CARACTERÍSTICAS

El arbitraje, como instancia jurisdiccional de origen contractual, posee una naturaleza mixta: privada y pública.

Es la misma privada por su origen convencional, fundamentada en el principio de la autonomía de las partes y pública por su función jurisdiccional de solucionar el litigio.

EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUNDAMENTO DEL ARBITRAJE

Es efectivamente la autonomía de la voluntad de las partes, el principio de base del derecho de las obligaciones, uno de los fundamentos del arbitraje, encontrándose omnipresente en dicho instituto.

La ley brasileña sobre el arbitraje (Ley 9.307/96), la que se orienta para privilegiar la voluntad de las partes, realiza tal vertiente significativa de la libertad, o sea, la autonomía de la voluntad. En la misma se asienta, como negocio jurídico, la convención del arbitraje,

ya sea la cláusula compromisoria, ya sea el compromiso, al arbitraje otorgándose al mismo tiempo una naturaleza privada y jurisdiccional.

Resultante de la manifestación de la voluntad, expresa la convención de arbitraje, sobre todo, una elección, una opción, por la cual se alejan de la jurisdicción estatal y la sustituyen por la jurisdicción arbitral, la que dictaminará el derecho para la solución de la controversia.

Asimismo, se manifiesta la voluntad de las partes en la constitución del tribunal arbitral; en la facultad de elección de las reglas aplicadas; en la fijación de la sede del tribunal; en la determinación del plazo en el que se deba proferir la sentencia por los árbitros; y en la elección del derecho aplicable al mérito del litigio.

ARBITRABILIDAD

Ni todos los litigios son susceptibles de solución por la vía arbitral. Al legislador compete delimitar las materias que se insertan en el ámbito de lo que es arbitrable. Este campo de materias arbitrables se denomina "arbitrabilidad", o sea, se refiere al que en la ley de arbitraje brasileña concierne a los derechos disponibles.

¿Pero qué es un derecho disponible? Es disponible un derecho al estar bajo el total dominio de su titular, de tal forma que puede éste hacer todo en relación a aquél, principalmente enajenar y aun renunciar.

El criterio de la libre disponibilidad es en verdad de difícil comprensión. Enseña João Bosco LEE que, de conformidad con el derecho brasileño de arbitraje, delimita el carácter patrimonial de la relación litigiosa la disponibilidad del derecho y, en consecuencia, la arbitrabilidad de la materia.

Así, desde el punto de vista de las relaciones securitarias y reaseguritarias, no hay duda de que se configuran en el marco de la disponibilidad de los derechos, visto que sus titulares pueden perfectamente negociarlos. Por tanto, son arbitrables todos los litigios derivados de las relaciones de seguro y reaseguro.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA Y CLÁUSULA COMPROMISORIA EN EL CONTRATO DE SEGURO

En el contexto europeo, la Directiva 93/13 de la Unión Europea, sobre cláusulas abusivas en los contratos estipulados con el consumidor, entre ellas se incluye, en el art. 3º, § 3º, literal g, la cláusula compromisoria. De conformidad con dicha directiva, sin embargo, dejará una cláusula contractual de figurar en un elenco ejemplificativo de las cláusulas abusivas, caso sea objeto de "negociación individualizada".

En Argentina, la Ley 17418, la que rige los contratos de seguro y reaseguro, en su artículo 57, entiende como nulas las cláusulas compromisorias que *se incluyen en las pólizas* de seguro. Tal hecho, sin embargo, no significa que no puedan las partes utilizar el arbitraje como solución alternativa de conflictos; es suficiente que formalicen la respectiva acta de arbitraje, tras del surgimiento del litigio. En el marco del contrato de reaseguro, es distinta la situación. Acepta pacíficamente dicha ley argentina la inserción de la cláusula compromisoria, ya sea en los reaseguros facultativos así como en los automáticos (acordados).

Por su parte, presenta la legislación de Uruguay una solución práctica de extrema utilidad. La homologación de la Convención de Nueva York, conyugada con las disposiciones insertadas en los artículos 472 al 507 del Código General del Proceso (CGP), son conducentes al entendimiento legal de que el uso de la cláusula compromisoria, siempre que expresamente la acuerden y firmen las partes, en contratos de seguro y reaseguro, tienen plena validez y eficacia jurídica, y no se considera abusiva.

En Perú, la Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros (Ley 26702/1996), admite la vía arbitral para la solución de las controversias que surjan de las relaciones en el ámbito del contrato de seguro, por lo cual en la mayoría de los contratos de seguro de personas y de daños, se incluye ordinariamente la cláusula compromisoria del tipo “vacía”, en las que se establecen solamente las cuestiones de orden económico, tales como la división igualitaria de los costes del procedimiento, dejándose a las partes la definición de las demás reglas del arbitraje. Con relación a los contratos de arbitraje, mediante la resolución de la Superintendencia de Seguros y Banco del Perú - SBS 282-2003, se aprobarán las normas de contratación y gestión de reaseguros, en cuyo artículo 3º a los contratantes se posibilita la adopción de la práctica internacional en materia de reaseguros, o sea, la propia cláusula compromisoria “llena” o “vacía”.

Permítanme todavía ustedes que haga una muy breve mención al derecho mexicano, para decir que hace algunos años el Código Comercial de México ha sufrido una alteración, de forma al permitir el uso del arbitraje comercial, en los términos de la propuesta de las Naciones Unidas para la llamada “ley modelo”, de tal modo que pueden las partes, en un contrato de contenido patrimonial, con absoluta libertad, estipular cláusula compromisoria y, al momento adecuado, otorgar el acta de arbitraje específico para el inicio efectivo del procedimiento. Además, en el ámbito de los contratos de seguro y reaseguro, no presenta asimismo la legislación mexicana ninguna prohibición al uso de la cláusula compromisoria por los contratantes, mientras renuncia a la competencia de los tribunales ordinarios.

En lo que al derecho español se refiere, pese al dispuesto en la ley específica de arbitraje (Ley 60/200), estableció la Ley 26/1984 (Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios) que no tendrá validez jurídica la cláusula que el consumidor someta al arbitraje en organismo institucional privado. Tal significa, por tanto, que la cláusula compromisoria en los contratos de seguros de masa general no tendrá eficacia jurídica y se la entenderá como nula de pleno derecho, excepto se el asegurado, previa

consulta sobre la instauración del procedimiento, libremente la acepte. En el caso de un contrato de seguro celebrado para grandes riesgos o aun de seguros más calificados, dicha norma no considera al asegurado como “consumidor”, a los efectos de la inserción de la mencionada prohibición. Así, en las presentes hipótesis, no encontraría la cláusula compromisoria insertada en el contrato de seguro ningún obstáculo legal.

EFFECTOS DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA EN LOS CONTRATOS DE SEGURO Y REASEGURO

Dos son los efectos básicos de la cláusula compromisoria inserta en los contratos de seguro y reaseguro: el *dispositivo* de la jurisdicción estatal y el *constitutivo* de una nueva esfera de regulación con el objeto de normatizar la situación de controversia.

Mediante el *efecto dispositivo*, inherente a la cláusula compromisoria, se han tornado incompetentes los tribunales estatales, en un primer nivel, para el examen de los litigios que se presenten con relación al contrato de seguro o reaseguro, en el cual se inserta dicha cláusula.

El fundamento para tal efecto se encuentra en la misma autonomía transaccional y en la garantía de acceso a la justicia, ambos con base constitucional. Optan las partes por privilegiar otra forma de implantación del valor justicia, en detrimento de la prevalencia de la vía estatal, camino privilegiado, pero no exclusivo de su concretización.

Tal facultad dispositiva, emanación de la autonomía transaccional, se conforma según los contornos del ordenamiento estatal. Solamente hay facultad de tutela estatal cuando se trate del derecho disponible, como suele ser en los casos de los contratos de seguro y reaseguro, noción la que normalmente se confunde con la patrimonialidad del derecho. Se configura la disponibilidad del derecho en la medida en que la misma *res litigiosa* pueda ser renunciada, siendo este el caso bajo análisis.

La irradiación principal del efecto dispositivo de la cláusula compromisoria consiste en generar la incompetencia de todos los tribunales ordinarios, ante las controversias que puedan surgir en razón del contrato en el cual se inserta.

Expresión del *efecto constitutivo* y, así, igualmente normativo de la cláusula compromisoria, constituye la vinculación de las partes al arbitraje, una vez firmada la misma. Se percibe que la vinculación de obligado cumplimiento de las partes, no más ocurre en la estricta observancia del axioma jurídico *pacta sunt servanda*, pero en razón de un valor ético en cuestión, de la previa intención de vincularse y del haber hecho creer que tal vínculo existía.

La revelación del fondo ético que en la cláusula compromisoria se hace presente, refuerza su carácter vinculativo por ante las partes que la han insertado.

No será entonces la ley la que generará el efecto de la vinculatividad de la cláusula compromisoria, pero el mismo enlace ético y moral entre los involucrados, sujetos a sanciones de índole estatal y no estatal, caso no cumplan con lo que libremente han pactado.

Aun que no fijase la ley mecanismos de coerción para llevar a cabo el arbitraje, se sustentaría la regla privada con carácter vinculante, en el ámbito normativo social, en virtud de la regla de buena fe y de integridad, que siempre son unguidas de sanción: la pérdida del crédito y la reprobación social.

La verdad es que el cambio en la manera de vislumbrar el arbitraje y su paulatina inserción en la cultura del seguro, en ella percibiendo su profundo carácter ético, ya promueven una serie de repercusiones en el derecho del seguro y reaseguro brasileño, no atrayendo problemas por cuenta de la recusa a la sumisión de las partes, por ocasión del previo ajuste de la cláusula compromisoria, pero al contrario, en algunas situaciones es el mismo asegurado quien busca al asegurador, manifestando su intención de realizar el arbitraje para la solución de la controversia.

OBSTÁCULOS A LA CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

Se efectúa la constitución del tribunal arbitral al momento del nombramiento de los árbitros. Sin embargo, ni siempre es ésta de simple concretización, debido a que frecuentemente no está presente el acuerdo, lo que provoca muchas dificultades.

El desentendimiento entre las partes, al momento de la constitución del tribunal arbitral, es el “tendón de Aquiles del arbitraje”. Efectivamente, puede un desacuerdo sobre la constitución del tribunal obstruir toda la instancia arbitral. Sin embargo, no se limita la intervención de un tercero solamente en resolver las dificultades que surgen por ocasión de la constitución del tribunal, sino que abarca también la manutención del tribunal arbitral.

Caso hiciesen la convención de arbitraje o la cláusula compromisoria referencia a un reglamento de arbitraje institucional o *ad hoc*, previendo una autoridad de nombramiento de los árbitros, serían minimizadas las divergencias que pudiesen surgir entre las partes en el futuro. Pero se tales documentos no prescriben ninguna de las modalidades de constitución del tribunal arbitral, habrá el riesgo de estorbo o de retraso en el inicio del arbitraje. Tal parálisis resulta con frecuencia de culpa de las partes o, todavía, por culpa de los miembros del tribunal arbitral, notadamente en los casos en que deban éstos nombrar un tercer árbitro.

En la práctica, pueden las dificultades surgir cuando no llegan las partes a un acuerdo en la designación de un árbitro o cuando se niegan a nombrarlo.

En tal caso, permite la ley que recurra la parte interesada a los tribunales estatales. Pero ¿cuál sería el tribunal competente? La regla de competencia general, en el derecho comparado de origen romano, como es el caso de los países integrantes del IX Congreso Iberoamericano de Derecho de Seguros, es la jurisdicción estatal de la sede del tribunal arbitral.

En lo que concierne al objeto de la intervención del juez competente, no se limita ésta al nombramiento de los miembros del colegio arbitral. Efectivamente, no se limita el juez estatal a reglar el problema de la constitución del tribunal arbitral; puede asimismo el mismo establecer el compromiso cuando no llegan las partes a un acuerdo sobre sus términos.

Sin embargo, hay dificultades que pueden surgir cuando ya se encuentra constituido el tribunal. Fundamentalmente, dos son las hipótesis de posibles problemas. La recusa o, de modo más genérico, la sustitución de un árbitro.

Caso no presente ya el árbitro las condiciones de independencia e imparcialidad a juicio de la parte, podrá el mismo ser recusado. Tal procedimiento de recusa deberá ser interpuesto ante la autoridad competente y normalmente fundamentado en motivos precisos. Pero dicha recusa se limita a los motivos posteriores al nombramiento del árbitro o, de conformidad con el derecho brasileño, por motivo anterior a su nombramiento, en la hipótesis en la que la parte ha conocido el hecho solamente después de su designación (artículo 14, párrafo 2º, b).

Por cuenta de tal dispositivo, no es posible que reguladores de siniestros que hayan previamente participado de la apuración de los daños o del análisis de la cobertura, participen en calidad de árbitros, pues se encontrarían impedidos. Podrían ejercer, cuando mucho, la actividad de asistentes técnicos, para el caso de la realización de pericias, visto que la prerrogativa de su indicación es exclusiva del asegurador, quien es parte en el arbitraje, y no obligan sus manifestaciones a los árbitros nombrados.

Cuando, en la convención arbitral, adoptan las partes el reglamento de un centro de arbitraje que organiza un sistema de recusa, dicha institución pasa a ser competente para conocer tal procedimiento. Sin embargo, en la falta de referencia a una organización especializada, acepta el derecho brasileño la competencia de un tribunal para conocer la recusa.

Constituye la recusa de un miembro del tribunal arbitral la expresión de desconfianza de las partes respecto a la independencia e imparcialidad del árbitro. Éste, en el ejercicio de su misión jurisdiccional, debe poseer una completa libertad de juicio, en cambio de una exigencia que al magistrado se impone. Se extiende dicho fenómeno, presente en la justicia ordinaria (pública), también a los causales de recusa.

Efectivamente, las disposiciones que a la recusa de los jueces conciernen, son relativamente restrictas. Contemplan las mismas notadamente las relaciones personales,

familiares y afectivas de los magistrados. Pero dichas relaciones poseen una importancia menor en lo que al árbitro concierne. Para este último, se debe ante todo tener cuidado con las eventuales ligaciones entre el árbitro y las partes (o sus consejeros) para delimitar la recusa.

Además de la recusa, puede el árbitro ser sustituido en caso de renuncia, de revocación, de imposibilidad de deliberar o de fallecimiento. Respecto a esta última hipótesis, determinaba el antiguo régimen de arbitraje en Brasil, que caducaría el arbitraje. El artículo 12, II de la ley brasileña de 1996, sobre el arbitraje, ha invertido dicha presunción, declarando que es inválido el compromiso en:

“falleciendo o quedando impedido de dar su voto alguno de los árbitros, siempre que declaren las partes expresamente no aceptar sustituto”.

MEDIDAS CAUTELARES EN SEDE ARBITRAL O JUDICIAL

Se sabe que, ya sea en sede judicial o en sede arbitral, el transcurso del tiempo puede tornar inocua la prestación jurisdiccional.

Entre el momento en lo que se presenta la solicitud de arbitraje y la promulgación del fallo arbitral, pueden ocurrir situaciones que acaban por anular los efectos concretos de la decisión, sustrayendo eficacia al fallo proferido al final. Imagínese la posibilidad de extinción de pruebas que se pretendía dar a conocer al árbitro, y éste, por no conocerlas, decida de forma distinta de la que hubiera decidido, caso se las presentasen.

Piénsese en el asegurador acusado por insolvencia de cuantía que juzgue indebida, y venga a tener su denominación registrada en eventual catastro público o privado de deudores, por mero capricho o presión del acreedor, pero la existencia del débito es, en verdad, incierta, y el objeto mismo de la controversia al arbitraje sometida.

Acuérdese, además, que la eficacia de la prestación jurisdiccional puede depender de la capacidad de anticiparse a que pueda el deudor colocar sus activos al abrigo de cualquier medida de ejecución.

En tales casos, ¿qué postura debe asumir el árbitro para garantizar la eficacia de su prestación jurisdiccional y del papel de las partes? Lo veremos a continuación.

A través de la nueva sistemática que introdujo la Ley de arbitraje, pasó a contar el árbitro con la posibilidad de decretar medidas cautelares, pero no de ejecutarlas.

Es importante observar que la convivencia entre la instancia jurisdiccional y la judicial se operaría incluso se nada se dispusiera en la ley de arbitraje, y téngase en cuenta la aplicación del principio constitucional de la tutela jurídica efectiva. Siempre, existiendo convención de arbitraje, sería posible el socorro previo del judiciario, ya sea en la fase

inicial en la que la demanda arbitral todavía no estuviese instaurada, o en el decurso del proceso arbitral.

Dicho sea de paso, que es esta la situación que se verifica en España, donde la Ley de Arbitraje 36, de 1988, no ha previsto la posibilidad expresa, o mejor dicho, se refiere apenas a tal posibilidad ante el laudo arbitral expedido (art. 50). La impropiedad legislativa la critica la doctrina, pero ante el principio de la tutela jurídica efectiva, la omisión es subsanada por los tribunales estatales. En tal sentido, al comentar un precedente judicial, enfatiza la profesora ELENA ARTUCH IRIBERRI:

“Primeramente se debe examinar la posibilidad de adoptar medidas cautelares previa o simultáneamente a un procedimiento arbitral. No menciona la Ley de arbitraje ese aspecto. No obstante, constituye el arbitraje una opción consensual, que adoptan las partes a los efectos de resolver la controversia, y no hay razón que justifique tornar peor la condición a quien asume dicha opción, impidiéndolas de obtener la tutela judicial relativamente a las medidas que aseguren el resultado del procedimiento arbitral” (citación libre).

Para nosotros, es pacífica y cristalina la posibilidad de proponer y obtener medida cautelar o coercitiva en sede arbitral, que al juez competente enviará directamente la parte, cuando todavía no esté aún constituido el tribunal arbitral; investido éste, se le enviará la solicitud a la parte interesada. Una vez constituido el tribunal arbitral, la decisión respecto a la pertinencia y concesión de la medida de urgencia se otorga al propio tribunal arbitral. Cuando sea necesaria la ejecución forzada, la desarrollará el juez togado, en perfecta armonía con la instancia arbitral. Al fin, la autoridad del Tribunal Arbitral para deliberar sobre la adopción de medidas provisionales no es menos obligatoria que aquélla de un laudo definitivo.

CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE ÁRBITROS Y LAS ESPECIFICIDADES DEL SECTOR DE SEGURO

Son de dos tipos las condiciones para el ejercicio de la función de árbitro, de conformidad con la Ley 9307/96: las personales y las deontológicas.

Dispone el artículo 13 de la ley brasileña de arbitraje, que debe el árbitro ser una persona hábil y que disponga de la confianza de las partes. No hay, así, ninguna restricción en cuanto a la nacionalidad y a la profesión de la persona para el ejercicio de la función de árbitro.

Es tan específico el sector de seguros en cuanto a su índole transaccional, que el árbitro, a los efectos de dirimir los litigios con calidad, deberá presentar competencia sobre la materia objeto del arbitraje.

Como lo evoca CARLOS IGNACIO JARAMILLO, la utilización del arbitraje en seguro y reaseguro, se justifica y se sobrepone, entre otras razones, por su innegable componente técnico, circunstancia que lo hace realmente complejo y intrincado para el juzgador o hermeneuta neófito, principalmente cuando en la ciencia del seguro se agrupan múltiples disciplinas, como por ejemplo: la medicina, las ciencias actuariales, la mayoría de los ramos vinculados a la ingeniería, la responsabilidad civil, etc.

En tal sentido, ofrece Chile un buen ejemplo, donde la preocupación de las legislaciones específicas con el preparo del árbitro es tan evidente que el derecho chileno, uno de los más avanzados en dicho tema, sufrió, en 1986, modificaciones en su operabilidad, para facilitar el nombramiento de árbitros conocedores de la técnica y del derecho de seguro y reaseguro.

No hay duda de que una de las condiciones fundamentales para intervenir como árbitro, debe ser siempre el conocimiento específico de la técnica y del derecho del seguro y reaseguro, colocados en análisis. Al se nombraren profesionales con tales calificaciones, mucho estarán contribuyendo las partes para una decisión justa y eficaz, capaz de satisfacer incluso a los "perdedores", en razón de su innegable calidad técnica y jurídica respecto a la materia securitaria en litigio.

EL PRINCIPIO GENÉRICO DE LA IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS

Al estudiar el concepto de imparcialidad del juzgador, alerta con precisión la ilustre jurista y coautora de la ley brasileña sobre el arbitraje, profesora SELMA LEMES:

"Consiste la imparcialidad en el resultado, al mismo tiempo, de la inteligencia y de la moralidad. No se confunde la misma con la neutralidad y la desatención. Supone una acción interior, hecha de lealtad, de buen censo, de desinterés. La fuerza de voluntad, la energía del carácter de donde procede, constituyen el resultado de una gran altivez de visión, de la elevación del pensamiento, de la anchura del espíritu".

Es imparcial un juez cuando el mismo estima, sin preferencia, las razones a favor y en contra de cosas y personas. No hay nada más esencial y de rara calidad que la imparcialidad. Nadie podrá confundir un juez ignorante con un juez parcial. Al ignorante carece el conocimiento necesario para juzgar, el parcial se recusa a hacerlo.

Es imposible imaginar que una persona, en el acto de juzgar, pueda abstraerse de sus creencias, convicciones y valores sociopolíticos. "Nuestras creencias, más que tenerlas, las somos", ha advertido J. ORTEGA Y GASSET. Efectivamente, observa el más grande filósofo español del siglo XX que nuestras convicciones, nuestras creencias, son el suelo de nuestras vidas. Son las creencias las que verdaderamente constituyen el estado del hombre, que orientan su conducta y todas sus realizaciones.

La ciencia jurídica, el derecho, al reflejar y reglar la convivencia humana, espera que el juzgador, al evaluar los hechos probados y alegados por las partes, busque entre las

diversas opciones jurídicas que presentan, la mejor solución posible. El acto que a la decisión exterioriza pasa por el proceso psíquico de evaluación. Tiene por sustrato las creencias, las convicciones y los valores sociopolíticos de tal individuo que juzga. Siéndole innatos, se siente el mismo imposibilitado de impedir que en su subconsciente actúen. En el acto de juzgar, de ejercer una opción entre muchas posibles y razonablemente justificables ante el derecho, no será posible libertarlo de su propio inconsciente, de sus más primitivos registros. No hay como idealizar un juzgador sin memoria y sin registros. “*En sentido pleno, no hay neutralidad posible*”, con razón aseveró nuestro destacado jurista LUIS ROBERTO BARROSO.

Se verifica, por tanto, que mientras se refiere la imparcialidad al comportamiento conducente a la ausencia de interés inmediato, presupone la neutralidad la indiferencia y algo imposible de ocurrir. Todos los árbitros deben ser imparciales, pero a ninguno de ellos se permite ser neutro.

EL PAPEL DE LA ÉTICA EN EL ARBITRAJE

Como hemos visto, pueden las partes elegir los árbitros que irán solucionar el litigio entre ellas, su juez. Tal designación es sobre todo un *acto de voluntad de las partes*, y no necesita que se la justifique. Sin embargo, parece claro que nadie, en sana conciencia, confiará el cometido de decidir un conflicto en lo que tenga un interés directo, a personas en las que no deposite absoluta confianza y a quienes atribuya, desde su punto de vista, comportamientos pretéritos desprovistos de ética profesional.

Deberán los árbitros, durante el desempeño de sus funciones, actuar “con imparcialidad, independencia, competencia, diligencia y discreción”. Tal significa que deben los litigantes tener absoluta certeza *a priori*, de que dicha *conducta* se adoptará como estándar de comportamiento moral capaz y conducente a realizar el valor del bien, siendo así un típico comportamiento ético en la precisa acepción de la palabra.

Entre todas las mencionadas orientaciones, la única que no se vincula directamente a un comportamiento ético es la *competencia*, atributo de carácter técnico, o sea que depende de los conocimientos de las reglas jurídicas y asimismo del procedimiento arbitral, así como de las reglas de la institución donde funcionará, en su caso.

La *imparcialidad* del árbitro, así como la del juez, significa que mantendrá éste el conveniente equilibrio que debe tener todo proceso, o sea, conceder a las partes todas e iguales oportunidades para que se manifiesten, tanto en la producción de pruebas como en la realización de diligencias, y además en la presentación rigurosamente equivalente de las piezas procesales escritas, en el plazo que a los debates orales se concede, etc.

La *independencia del árbitro* constituye otro importante requisito, y no deberá aquél vincularse a las partes por cualquier lazo de parentesco, de amistad o profesional, pues

suscitaría la existencia de cualesquiera de dichas circunstancias su interés en la causa, pudiendo favorecer a una o a la otra parte.

Se vincula la *diligencia* a la ética profesional, pues actuar con presteza, cumplir con los plazos o confeccionar un laudo arbitral sólido y consistente tras de considerar en profundidad los puntos de hecho y de derecho discutidos, son las tareas que de un árbitro que tenga consideración por los litigantes esperan los que estarán viviendo momentos de incertidumbre y aprensión, hasta el final del litigio.

De la esencia del arbitraje es la *discreción*, visto que el procedimiento se desarrolla en sigilo y, por tal razón, deberá el árbitro evitar comentar cualquier aspecto de la causa — en particular caso puedan las partes ser identificadas— con sus colegas de profesión, familiares y, sobre todo, con la prensa.

Además, aún no siendo obligatorio, en general hacen las partes representarse por abogados durante el arbitraje. En este caso, se sujetan plenamente los abogados al Estatuto de la Abogacía y del Orden de los Abogados de Brasil - OAB, y asimismo al Código de ética de la entidad de clase.

Al contrario de lo que piensa la gente, no litigan los abogados los unos contra los otros. Sería una infracción ética pelear un abogado con su *ex adverso* en una cuestión. Así, se observa en la práctica que, caso sea el *ex adverso* competente y eficiente, conquistará la admiración de su contraparte y los dos, desde entonces, cementarán una amistad basada en la mutua admiración.

Se percibe pues que los árbitros deben se pautar por un comportamiento ético durante el arbitraje, quedando demostrada la importancia de tal disciplina.

Abordando el tema desde el ángulo de la equidad, pondera como sigue, con precisión, OSVALDO CONTRERAS:

“No hay duda de que deberá el árbitro lograr desentrañar la equidad del caso concreto. Los postulados de la justicia en ella lanzan sus raíces, lo que la obliga fijar, en cada caso, “ese término medio entre el exceso y el defecto” al que se refería ARISTÓTELES en su obra *La gran ética*, compitiéndole así sopesar el conflicto con ecuanimidad y equilibrio”.

ASPECTOS PRÁCTICOS DEL ARBITRAJE

A los efectos de finalizar los estudios desarrollados en el presente trabajo, a nosotros parece fundamental abordar las cuestiones de orden práctico que involucran al arbitraje, para suministrar al lector los resultados concretos originarios de nuestra investigación.

En realidad, tal paradoja, o sea, la de saber si la práctica y/o la teoría tiene precedencia en el arbitraje, se reduce dicha relación dialéctica entre la práctica y la teoría, a opciones

tácticas. Las hacen las partes y los árbitros en el proceso arbitral. Se encuentran tales opciones vinculadas a la existencia de una dialéctica propia de dicha relación entre las partes y los árbitros. Se trata de una dialéctica que en el arbitraje internacional, muy utilizada en las operaciones de reaseguro, resulta de unos factores importantes, como la existencia de una tendencia nítida a una gran armonización de las reglas arbitrales. En el pasado, dichas reglas eran muy distintas de un lugar para otro, mientras hoy están cada vez más próximas.

Los focos de tal aproximación se deben, por una parte, al trabajo de la Cámara de Comercio Internacional y a los estándares por la misma creados y, por otra parte, a los trabajos de UNICTRAL, que tienen inicio con la redacción de la proyectada Convención de Nueva York, y siguen con esfuerzo para llevar la comunidad internacional a encontrar un terreno común, en el que se pueda ver lo que de mejor existe para cada sistema jurídico, hasta llegar a un sistema único que al arbitraje confiera eficiencia global.

En este diálogo, en esa dialéctica del arbitraje, hay cuatro puntos que merecen la atención que nos permite el tiempo —otros interesantes habría, pero no sería posible abordarlos en estas líneas que ya van más allá de lo inicialmente previsto—.

Se refiere el primero a las cuestiones que se deben presentar a los árbitros, o sea, las cuestiones que a los árbitros les gustaría que fuesen presentadas, y aquéllas que creen los abogados deban presentarse.

Se refiere el segundo al deber de cumplir con las reglas relativas a aquel arbitraje, y cuál es el nivel de dicho cumplimiento: se será ciego, reluciente, se irá desde la resistencia pasiva hasta la desobediencia, o aun se abra lugar para un intento de subvertir las reglas.

El tercer aspecto es la selección de los árbitros y, por último, como cuarto punto, tenemos las difíciles opciones que todos necesitan hacer —desde los árbitros hasta las partes—.

Hablemos, pues, de dichos temas.

Eligen las partes las cuestiones a decidir, considerando lo que quieren obtener del arbitraje. Cuando hace alguien una demanda arbitral, comúnmente no dirá todo lo que pasó; expresará solamente aquellos hechos que le parecen más interesantes y los aspectos jurídicos que más le convienen. Es una iluminación selectiva, semejante a aquélla de un museo que ilumina los cuadros de valor más grande para ponerlos en relieve y, de tal forma, disminuye un poco la iluminación de aquellos que presentan algún defecto o menor calidad. De esta misma manera proceden las partes, buscando colocar su problema de modo más favorable. Es evidente que el árbitro experimentado no tiene una reacción pasiva ni se deja llevar. Tiene el mismo deber de descubrir la verdad y, desde ésta, decidir de la forma más justa, o sea, la que esté de acuerdo con la ley aplicable a aquel caso. Así, entre lo que es y lo que debería ser hay una distancia. Hay omisiones, focos, énfasis y, al mismo tiempo, el intento de presentar los hechos bajo un aspecto que nos

es obligatoriamente aquello que debería aparecer. Tal ocurre respecto a sendas partes — del demandante al demandado—. De ahí la importancia de las reglas aplicadas en el confronto entre las partes. Es necesario que permita éste que todos los elementos ubicados en la sombra salgan a la luz y, al mismo tiempo, que lo que se encuentra valorizado adquiera su debida dimensión.

Aun así hay elementos que no surgirán, y descubrirlos es la función del árbitro, ya que influirán en su decisión. La primera dificultad táctica que enfrenta todo abogado, consiste en la opción de cómo presentar los problemas a los árbitros, sin colocar su cliente en una posición equivocada, de mala fe o desleal. Hay asimismo que considerar el grado de iniciativa del árbitro quien, en su calidad de juez, tiene la facultad y el derecho de hacer preguntas. Sin embargo, hay sistemas jurídicos en los que no tiene el juez ni el derecho ni la facultad de tomar una iniciativa; su posición es absolutamente pasiva, y se restringe el mismo a reaccionar solamente a lo que le soliciten las partes. Caso nada le soliciten las partes, nada decidirá.

Otro tema relevante es el de las opciones tácticas de las partes y de los árbitros ante las reglas del arbitraje. Tiene el árbitro facultad normativa y determinará ciertas reglas para situaciones imprevistas, así como creará procedimientos que no se encuentran en el reglamento, o podrá hacer adaptaciones. En el ejercicio de tal facultad normativa, deberá tener el árbitro suficiente sagacidad para elegir aquellas reglas que sean realmente necesarias para adaptarse a la situación y, así, no dejarse llevar por el intento de ardidés o de transformar el procedimiento en una *Disneyworld* de procesalistas.

Ofrece el derecho inglés unas reglas útiles sobre las facultades y los deberes del árbitro. Se dice allí que *deben los árbitros adoptar procedimientos que sean adecuados a las circunstancias del caso particular, evitándose demoras innecesarias y confiriendo un tiempo justo para la resolución adecuada y para la evolución de las materias que deben determinarse*. Se verifica, por tanto, que al árbitro orienta la ley sobre política de procedimiento, lo que, ya sea nuestra ley, o la de otros países no lo hacen.

Se trata de una determinación de objetivos de la elaboración normativa, estableciendo reglas de comportamiento para el árbitro. A título de ejemplo, caso quiera una parte un plazo más largo para decidir una cuestión cualquier o para realizar algún acto, establece la ley se debe concederlo o no el juez de forma automática, así como se debe o no tomar la iniciativa de interrogar él mismo a los testigos, se tomará la iniciativa de nombrar a un experto, cómo lo hará, qué preguntas formulará. Todas esas decisiones se insertan en la facultad normativa del árbitro, y así deben las partes considerarlas.

Asimismo, deben las partes poner límites a las prácticas abusivas. A vía de ejemplo, las reglas que se establecen para la descubierta de hechos reales se llevan, en algunos lugares, al extremo, visando paralizar el procedimiento mediante el exceso de documentos. Aprovechándose de la producción de pruebas para provocar una verdadera "inundación de celulosa" en procedimiento, o sea, un tal cantidad de papeles que los árbitros y las partes acaban sofocados por la redundancia y por la inutilidad de dicha documentación,

impidiendo el manejo fácil de la misma. Es este un procedimiento abusivo que al árbitro compete prevenir e impedir. Así, tendrá que decir cuál es el límite y a las partes prohibir que presenten lo que no sea relevante. Eso impediría situaciones de procrastinación, tales como testigos inútiles a decir cosas sin la mínima relevancia. Es útil que establezca el árbitro, ya en el inicio del procedimiento, que sea quien fuere presente un testigo, deberá expresar qué desea probar con la asistencia del mismo, determinando el árbitro desde este momento si es o no admisible tal testigo. Es importante, sin embargo, cuidar para evitar la impugnación de pruebas, a los efectos de evitar el cercenamiento de la defensa, el que podrá promover la nulidad del procedimiento arbitral.

Constituye un punto relevante la selección de los árbitros. Se empieza por criterios conocidos, los que consisten en los clásicos temas de la disponibilidad, la independencia, la reputación y el conocimiento de los árbitros. Es pues necesario que se lleven en cuenta tales aspectos. Es importante calificar, o sea, saber lo que se necesita buscar en el terreno del conocimiento específico del árbitro: ¿alguien que sea un procesalista o un experto en la materia?, ¿un árbitro que tenga una experiencia práctica o que sea un gran teórico? Caso se trate de arbitraje estrictamente sobre temas técnicos, lo que es muy común en sede de seguros y reaseguros, lo más recomendable es la elección de un experto en la materia, pues de esta forma se garantiza la calidad de la decisión, evitándose mayores pérdidas de tiempo y dinero con la realización de pericias en casos de árbitros sin conocimiento específico del tema.

Cuando se habla de la reputación y del conocimiento de un árbitro, no se trata solamente de su honestidad, que es fundamental y relevante, pero también de su visión de mundo. Hay profesionales altamente especializados, grandes juristas, cuya reputación personal no equivale a su reputación intelectual. Por su parte, otros hay, que disfrutan de una reputación personal superior a la que ostentan en su calidad de jurista o jurisconsulto. Se trata de un equilibrio difícil de se alcanzar, pues se vuelve necesario buscar el amalgama de los dos elementos.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta es el temperamento del árbitro. Un colérico, por ejemplo, no servirá. Tal se explica por el hecho de necesitar ser el árbitro un hombre de gran serenidad, visto que tendrá que mantener el tono del tribunal y de las audiencias. Se hace necesario, por tanto, que sea un hombre controlado. Un apasionado tampoco serviría, pues podría súbitamente perder su independencia apasionándose por algún aspecto de la causa o por una teoría, o aun irritándose por algo que hubiese ocurrido. Representa, así, la independencia, un aspecto fundamental.

Es importante ahora abordar la cuestión de las opciones difíciles: se trata del cuánto y de qué decir, del cómo y del cuándo hacerlo. Deberá tal preocupación estar presente no sólo durante las audiencias e interrogatorios, sino también en las argumentaciones, memorias y documentos que a los árbitros se presentan.

Cada una de dichas cuestiones deberá ser ponderada con extremo cuidado. Justamente por ello, existen actualmente abogados que se especializan en consultoría, estrategia y

táctica arbitral, asistiendo a sus colegas que no tienen la misma vivencia y experiencia del arbitraje, no obstante conozcan bien la cuestión de derecho a discutir. En tales casos, los consultores ayudan a los abogados que conducen la cuestión, a pensar en la estrategia y en la práctica del arbitraje, siendo su función semejante a de un entrenador y no la de un luchador o atleta.

Además, existen las medidas del cuánto, del cómo, del cuándo y del grado de lealtad que necesitan tener las partes las unas ante las otras, dentro del proceso arbitral. Esta última cuestión es de gran relevancia, sobre todo hoy en día, con la introducción de la buena fe objetiva como regla del nuevo Código Civil brasileño, que la elevó del principio general de derecho que era para regla del derecho de las obligaciones. Asistimos a la transposición de dicha obligación de buena fe para los negocios procesales, o sea, al repudio al ardid y a otros actos de mala fe.

Finalmente, vean la diferencia que hay con relación a la ley y a su práctica. Cuando afirma la Constitución brasileña que es el abogado “el responsable por la administración de la justicia” (artículo 133 de la Constitución federal), no expresa la misma que éste es el responsable por el *suministro de la justicia*, sino que los es por la administración. El abogado es el responsable por hacer que la justicia sea eficiente, rápida e inmediata, en la misma medida que el juez. Tal disposición debería anular las técnicas dilatorias inútiles e ilícitas. La realidad es que en la práctica tal se ignora o se dice de otra forma.

Dicho fenómeno surgirá asimismo en las obligaciones de conducta que se desarrollan en el arbitraje. Por tal razón, es importante que se resalte que no contempla el arbitraje solamente los principios generales del derecho, no solamente lo que permite o no el derecho pues consiste el arbitraje sobre todo en una relación entre personas, que se realiza en el interior de un cuadro privilegiado que es el mundo del derecho, aquél en lo que todos encontramos nuestra vocación y nuestras alegrías.