



Entrevista a Gary Born<sup>(\*)</sup>

# El Arbitraje Internacional en debate<sup>(\*\*)(\*\*\*)</sup>

## *International Arbitration under debate*

**Resumen:** ¿Es la elección de la sede del arbitraje todavía una decisión importante en el arbitraje internacional? ¿Deberían los laudos estar sometidos a un mayor escrutinio judicial? ¿Debería existir la apelación en el arbitraje internacional? ¿Es posible que en virtud de la Convención de Nueva York se reconozca un laudo anulado? ¿Debería enmendarse la Convención de Nueva York para lograr una CNY 2.0? ¿Es el arbitraje de inversiones un sistema que funciona? ¿Son las críticas al arbitraje de inversiones válidas? En la presente entrevista, Gary Born responde cada una de estas interrogantes tratando muchos temas polémicos de actualidad en el arbitraje internacional.

**Palabras Clave:** Arbitraje Internacional - Arbitraje Comercial - Arbitraje de Inversiones - Convención de Nueva York - Sede Arbitral - Laudo.

**Abstract:** Is the choice of the arbitral seat still an important decision in international arbitration? Should arbitral awards be subject to greater judicial scrutiny? Should the appeal be in international arbitration? Is it possible that an annulled arbitral award is recognized under the New York Convention? Should the New York Convention be amended to achieve CNY 2.0? Is investment arbitration a system that works? Are the criticisms of investment arbitration valid? In this interview, Gary Born responds to each of these questions by addressing many controversial current issues in international arbitration.

**Keywords:** International Arbitration - Commercial Arbitration - Investment Arbitration - New York Convention - Arbitral Seat - Arbitral Award

(\*) Licenciatura Summa Cum Laude por la Universidad de Pensilvania, Bachelor of Arts Summa Cum Laude por Haverford College. Jefe de la Práctica de Arbitraje Internacional en Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP. Ampliamente considerado como la autoridad más importante del mundo en materia de arbitraje comercial internacional y litigios internacionales. Correo electrónico: Gary.Born@wilmerhale.com

(\*\*) La presente entrevista transcribe una parte de la ponencia realizada Gary Born en el “Inaugural Judith S. Kaye Arbitration Lecture” en el Centro de Arbitraje de Nueva York el día 18 de mayo de 2016. El autor agradece la traducción al español a Victoria Narancio y a Fabio Núñez del Prado, miembros del grupo de arbitraje internacional de Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, Fabio Núñez del Prado también es profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(\*\*\*) La gestión para la publicación de la presente entrevista fue realizada por Sebastián Cossío, ex Director Ejecutivo de la Asociación IUS ET VERITAS y Nickoll Bedoya Aranda, miembro ordinario de la Asociación IUS ET VERITAS en la Comisión de Publicaciones.

### **1. Nos gustaría que nos cuentes un poco sobre tu experiencia: ¿cuál fue tu primer arbitraje?**

El primer arbitraje en que trabajé, en realidad fue un poco diferente a casi cualquier caso en el que he trabajado posteriormente, y a todo lo que mi estudio de abogados acostumbra hacer.

Greenpeace, el grupo de protesta ambiental, nos buscó en la década de 1980 y recuerdo que uno de los miembros nos dijo: "Lloyd". No se refería a mí, por supuesto. Yo era un asociado junior. Se trataba de mi primer arbitraje. Siguió: "Lloyd, nuestro barco se ha volado. El Rainbow Warrior ha sido destruido misteriosamente en el puerto de Auckland justo cuando estaba a punto de zarpar en una misión de protesta con el propósito de intentar interferir con las pruebas nucleares francesas en Mururoa. Los únicos que habrían sido lo suficientemente estúpidos como para hacer algo como esto son los miembros de la CIA, así que necesitamos abogados de Washington. ¿Nos pueden ayudar?" Y Lloyd, por supuesto, respondió: "sí, sin duda".

Resultó, lógicamente, que la CIA no era la culpable. En realidad, el responsable fue el servicio de inteligencia francés. (Comentario al margen: el año pasado me informaron de primera mano cómo los agentes franceses fueron reconocidos en este evento y del conjunto extraordinario de accidentes que se presentaron en el incidente). En cualquier caso, los franceses fueron finalmente imputados con este hecho, y estuvieron de acuerdo en someter a arbitraje la controversia. Este fue mi primer arbitraje.

Se trató del primer acuerdo de arbitraje que negocié. Fue un acuerdo de sumisión. Los franceses estuvieron de acuerdo en someter la cuestión relativa a la cuantía de su responsabilidad financiera en relación al accidente ocurrido, al que denominaron el incidente en el puerto de Auckland ocurrido la noche del 12 de junio de 1985, a un tribunal arbitral.

Así, constituimos un tribunal arbitral que tuvo como sede a Ginebra. Los franceses insistieron durante mucho tiempo que la sede del arbitraje fuera París. Tuve que realizar una investigación para determinar si era una buena idea, sin embargo, finalmente concluimos que no lo era. De esta manera, llevamos a cabo un proceso arbitral en contra de la República Francesa en representación de Greenpeace que

duró 5 días y resultó en un excelente laudo que le permitió a Greenpeace comprar un nuevo Rainbow Warrior II. Y para mí, este siempre fue un excelente ejemplo de cómo incluso en las circunstancias más polémicas e inusuales, el arbitraje puede proporcionar un medio para garantizar que, incluso en los casos en que empieza a parecer que impera la ley de la selva, el imperio de la ley puede prevalecer.

### **2. ¿Qué era lo que tenía el arbitraje que te sedujo desde el inicio?**

Creo que el arbitraje es un poco seductor en el sentido de que se presentan las más extraordinarias variedades de problemas. Lo cierto es que con el arbitraje se tiene la oportunidad de pensar sobre controversias en cualquier parte del mundo, sobre cualquier cultura jurídica, en cualquier industria, con personas de toda clase, que tienen todo tipo de motivaciones; y a los que se llega a menudo sin restricciones legales o culturales con los más sensibles y efectivos mecanismos de resolución de controversias.

Como abogado obviamente enfocas el caso con una perspectiva particular; sin embargo, como árbitro también enfocas la cuestión de la resolución de la controversia con una perspectiva particular. Y cualquiera sea tu rol en el proceso, tienes una enorme flexibilidad al intentar resolver la controversia de la manera más justa y eficiente posible. Y al menos para mí, los retos y las oportunidades de estar en capacidad de hacer eso en diversas circunstancias es, como dije, muy seductor.

### **3. ¿Crees que la sede del arbitraje es aún una decisión importante? ¿Crees que existen diferencias al menos entre las más importantes sedes de arbitraje del mundo?**

Creo que uno tiene que ser muy cauteloso con las observaciones que realiza. A veces se



## Entrevista a Gary Born

escucha decir que la sede del arbitraje ya no es importante. Creo que como mi inadvertida referencia a la importancia de la sede de Greenpeace sugiere, la sede del arbitraje es todavía de gran importancia. Por un lado, se podrían comparar las sedes del arbitraje más famosas y quizás podríamos analizar cuán importante es Londres frente a Nueva York, y comentaré algo sobre eso en un momento.

Pero si la elección es entre Pekín por un lado, y Londres o París, por el otro, pienso que realmente hay una diferencia importante entre dichas sedes del arbitraje. Y en lugar de Beijing se pueden sustituir numerosas sedes de arbitraje, sin importar si se trata de Hanói o Río de Janeiro o cualquier otro lugar que uno pudiese imaginar. Y creo que la elección de la sede del arbitraje en dichos casos es de importancia crítica. Creo que la potestad que tienen los Poderes Judiciales de la sede del arbitraje para anular laudos o para remover árbitros, es un poder de supervisión muy importante aún.

También creo que incluso entre las sedes del arbitraje de primer nivel, si es posible ponerlo de esa manera, si uno observa la lista de las 5 o 10 mejores sedes del arbitraje en las estadísticas de la Corte de Arbitraje de Singapur (en adelante, "SIAC") o de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante "CCI"), uno puede encontrar diferencias realmente significativas en casos particulares. Si comparas un arbitraje con sede en París con uno que tiene sede en Londres o en Nueva York, no es difícil advertir que el tipo de tribunal arbitral que tendrás puede ser muy diferente y el resultado, en consecuencia, potencialmente muy diferente también.

Supongo que debo insistir en la idea de que la elección más importante en cualquier arbitraje es la elección de los árbitros. Sin embargo, creo también que antes de tomar esa decisión, la elección de la sede del arbitraje es a menudo la decisión más importante del arbitraje.

Estoy seguro que debe haber un montón de arbitrajes que son resueltos de la misma manera. Podría resolverse de forma similar en Nueva York a cómo se hubiese resuelto en Zúrich o Ginebra. No obstante, eso no cambia el hecho de que potencialmente el marco legal de la sede del arbitraje, los poderes de supervisión de los Poderes Judiciales y la cultura jurídica es de enorme importancia en cualquier caso.

### **4. ¿Por qué decidiste ser Presidente de SIAC? ¿Crees que Singapur es una sede atractiva para arbitrar?**

¿De verdad quieres hacer esa pregunta? Singapur tuvo, como se puede ver en las estadísticas de los casos que hemos publicado el mes pasado, un espectacular 2015. Nuestros números aumentaron un veinte, veinticinco por ciento. Y estoy feliz de decir que aunque los números hasta mediados de año suelen ser un poco engañosos, toco madera, creceremos otro veinticinco por ciento este año.

Creo que en parte eso se debe al significativo crecimiento económico en Asia, pero en parte también a la política deliberada de Singapur consistente tanto en adoptar la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI como en consolidar un Poder Judicial *proarbitraje* que ha sido muy consciente de las necesidades del arbitraje. Se trata de una comunidad legal internacional que demográficamente se parece mucho a la comunidad legal de los Estados Unidos que creo que también ha jugado un papel importante.

Así que creo que cuando se piensa en Singapur, uno piensa en el SIAC no como una institución arbitral asiática, sino como una institución arbitral mundial, que junto con Nueva York y Londres, debería estar en la parte superior de la lista de cualquier empresa al momento de elegir una sede para arbitrar.

### **5. ¿Crees que los laudos deberían estar sometidos a un mayor escrutinio judicial sobre el fondo de la controversia? Se ha dicho que el arbitraje comercial internacional interfiere con el desarrollo del Common Law, ¿está usted de acuerdo?**

Creo que mi punto de vista difícilmente sorprenderá a alguien en este asunto. Me pareció muy interesante que se sugiriese que

## El Arbitraje Internacional en debate *International Arbitration under debate*

el arbitraje internacional estaba interfiriendo con el desarrollo del *common law* y que el enfoque correcto sería someter los laudos arbitrales a un mayor escrutinio judicial sobre los méritos de la controversia.

Inglaterra, después de una revisión muy cuidadosa del informe de Mark Saville en la década de 1990, arribó a la conclusión, consistente con el enfoque de la Ley Modelo UNCITRAL y el arbitraje comercial internacional, que al menos para arbitrajes internacionales, un muy limitado, no eliminado completamente, pero muy limitado, escrutinio judicial sobre el mérito de los laudos, era apropiado y deseable. Yo creo que esa fue la decisión correcta, puesto que es coherente con los estándares internacionales y el enfoque recomendado por la CNUDMI.

Debo decir que soy muy escéptico con respecto a la afirmación de que el arbitraje internacional impide el desarrollo del *common law*. Sospecho además que ello viene como una gran sorpresa para los cuatro o cinco millones de personas que viven en las jurisdicciones de *civil law* en que el derecho comercial funciona perfectamente bien en base a un sistema de códigos. Yo pensaba que no se necesitaba alimentar el horno de precedente judicial con cada una de las controversias para encontrar un sistema legal satisfactorio.

He tenido ocasión de mirar y analizar el número de casos de los tribunales ingleses, tanto de los tribunales de apelaciones como de los tribunales de primera instancia, y dichos tribunales no han decaído desde 1996 a pesar de que entró en vigor la Ley de Arbitraje de 1996. Lo que es más, en realidad los casos han aumentado. Por lo tanto, es de suponer, que aún hay suficientes casos para permitir que los jueces ingleses sigan creando precedentes judiciales.

Me preocupa la idea de que las controversias están ahí para crear la ley en lugar de que la ley esté ahí para resolver las controversias. Todo esto me recuerda un poco al artículo de Owen Fiss hace veinticinco o treinta años en que éste estaba en contra de que las partes celebren transacciones afirmando que éstas no debían llegar a acuerdos en sus casos, puesto que al hacerlo, privaban a las cortes de analizar los casos y, por ende también al público en general del beneficio de la resolución judicial de tales disputas. Me suscribo a la idea de que la ley está ahí para permitir a las partes resolver sus controversias. Sin embargo, creo que la mejor manera de resolverlas es de forma consensual. Y lo cierto es que

el arbitraje al final del día es ante y sobre todo un medio consensual de resolución de controversias.

También me preocupa la idea de que se piense, sobre todo en un contexto internacional, que los Poderes Judiciales nacionales constituyen el mejor mecanismo para desarrollar la ley. En realidad, en un contexto internacional pienso que los tribunales internacionales proporcionan un mejor mecanismo de desarrollar en última instancia la norma comercial internacional.

Algo muy interesante es que cuando uno observa los laudos que están disponibles bajo la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, encuentra que la mayoría de las decisiones que están disponibles bajo la CISG son laudos que interpretan un instrumento internacional. Creo que esto es algo bueno y no algo malo. Además pienso que la re-nacionalización del arbitraje internacional a través de la revisión judicial de los laudos es una muy mala idea.

### **6. ¿Deberían las partes poder apelar en el arbitraje? ¿O es realmente la firmeza la esencia del arbitraje y algo que se debería preservar?**

Creo que el factor más importante en la respuesta a esta pregunta debería ser la intención de las partes: ¿Qué quieren los comerciantes? Y creo que lo que quieren cuando arbitran en una jurisdicción que ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI o en la mayor parte de otras jurisdicciones es una decisión definitiva y vinculante. Lo que quieren es que su controversia termine de una sola vez. No quieren una segunda instancia judicial en un contexto internacional.

Dejando a un lado la importancia que tiene la intención de las partes en el arbitraje, creo que los comerciantes tienen razón en sus



## Entrevista a Gary Born

intenciones. La razón por la que creo que los comerciantes tienen la razón es que el arbitraje internacional -incluso en los casos más complicados y más importantes- ofrecen en realidad un mejor mecanismo que los procesos judiciales para conseguir el resultado acertado. Ello responde al hecho de que el arbitraje reúne una variedad de innovaciones procedimentales, muchas de los cuales permiten llegar a un resultado correcto.

Pienso que la combinación de un tribunal conformado por tres personas con dos coárbitros designados por las partes proporciona un mejor mecanismo para llegar al resultado correcto que un juez unipersonal de ensayo seguido de un recurso de apelación. La razón por la que creo que ello es así es porque cuando se tiene dos árbitros elegidos por las partes, éstos nunca olvidan quien los designó. En efecto, existen dos coárbitros que entran al procedimiento arbitral recordando siempre quien los nombró, por lo que tienen un incentivo personal muy fuerte, preservando a la misma vez su independencia y su imparcialidad. Estos coárbitros se van a asegurar de que todos los argumentos planteados por las partes que los designaron sean cuidadosamente considerados.

Se tiene además un proceso arbitral en que los hechos y el derecho son analizados de forma integral en el mismo procedimiento, lo que permite llegar a una mejor aplicación de la ley, una mejor comprensión e interpretación de la ley y una mejor comprensión y análisis de los hechos. Además, se debe tener en cuenta que en el arbitraje esto se realiza en un caso en particular en lugar de un juez unipersonal de ensayo con exceso de trabajo seguido de un tribunal de apelaciones que tiene por objeto analizar la aplicación o interpretación de la ley.

Obviamente, hay espacio para mucho debate con respecto a qué procedimiento funciona mejor, pero al menos en mi experiencia un tribunal arbitral conformado por tres árbitros con dos árbitros designados por las partes que dictan la decisión final y definitiva, proporciona una mejor y más confiable manera de resolver las controversias. Y por todas esas razones, contar con un juez de primera instancia unipersonal y tres vocales en apelación que vuelvan a analizar las cuestiones que el juez de primera instancia ya decidió es una pésima idea.

### **7. ¿Cuál es tu punto de vista sobre la aplicación del artículo 5(1)(e) de la Convención de Nueva York con respecto al famoso reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera cuando este haya sido anulado en la jurisdicción de origen?**

Estoy seguro de que esta es una pregunta en que todos nos estamos muriendo por tener una dirección. Así que a pesar de todos mis halagos al arbitraje, de vez en cuando se pueden obtener laudos que son anulados en la sede del arbitraje. Estos se presentan con más frecuencia en sedes como Egipto cuando uno piensa en Chromalloy; Colombia, cuando uno piensa en otros casos; y más recientemente, supongo, en Ciudad de México. Pienso -y nuevamente esto no vendrá como sorpresa- que cuando el artículo 5(1)(e) permite que se deniegue el reconocimiento de los laudos bajo la Convención de Nueva York porque han sido anulados o suspendidos en el lugar en que el laudo fue dictado, esto es, en efecto, opcional; lo que es confirmado más específicamente por el artículo 7 de la Convención Nueva York. Este artículo, aunque a veces se pasa por alto o desapercibido por repetitivo, es en realidad de importancia fundamental para la arquitectura de la Convención.

El artículo 7(1) establece que las disposiciones de la Convención no privarán a ninguna de las partes interesadas en cualquier derecho que pudieran tener con respecto al reconocimiento de un laudo bajo la ley del lugar en que dicho laudo se invoque. Por lo tanto, es bastante claro que todas las excepciones previstas en el artículo 5(1) y 5(2) de la Convención son causales permisivas, como el “puede” en el artículo 5 indica, y la Convención no obliga al no reconocimiento del laudo. La Convención -si es posible decirlo de esta manera- establece un piso en el reconocimiento, no un techo.

## El Arbitraje Internacional en debate *International Arbitration under debate*

Creo que esto es algo bueno. También creo que, tal y como fue establecido en la decisión de Chromalloy -la primera decisión de los Estados Unidos en examinar esta cuestión-, la facultad de reconocer un laudo que ha sido anulado en la sede del arbitraje es una facultad muy importante que las cortes estadounidenses no deberían dudar en ejercer.

En el caso Chromalloy, un laudo dictado en favor de una empresa estadounidense situada en Egipto en contra de una empresa estatal egipcia, fue anulado posteriormente por el Poder Judicial egipcio realizando una revisión de *novus* de los hechos y las cuestiones arbitrales. La corte estadounidense en el Distrito de Columbia, no obstante, reconoció el laudo anulado señalando que realizar una revisión de *novus* de los hechos era incompatible con la intención y el propósito básico del convenio arbitral celebrado por las partes y también incompatible con el enfoque que tiene Estados Unidos del arbitraje, tal y como se refleja en la ratificación de la Convención de Nueva York y la Ley Federal de Arbitraje. Creo que ese fue el enfoque correcto.

Lo dicho tampoco significa que las anulaciones van a ser completamente ignoradas. Si una anulación se basa en uno de los motivos de la Convención de Nueva York, por ejemplo, en el artículo 5(1)(a) (no hay convenio arbitral) o el artículo 5(1)(b) (se vulneró el derecho de defensa), creo que las conclusiones fácticas y, en algunas circunstancias, los argumentos de la corte de anulación, pueden ser tomados en cuenta por las cortes estadounidenses. Sin embargo, cuando te encuentras esencialmente con una revisión de *novus* realizada por la corte de anulación del mérito de la controversia, y frecuentemente en casos en que se tienen decisiones basadas en políticas públicas locales o normas de no arbitrabilidad, las cortes estadounidenses no deberían dudar en darle vigencia al convenio arbitral celebrado por las partes tal y como lo prevé el artículo 2 de la Convención de Nueva York, en contraposición a algunas normas de orden público locales, a menudo idiosincráticas, en la sede del arbitraje.

### **8. ¿Cree usted que la Convención de Nueva York debería modificarse y hacerse el esfuerzo de traer a todos los firmantes a la mesa para llegar a una CNY 2.0?**

Uno de mis colegas, Jim Carter, me dijo una vez que a mí me tomó tres volúmenes hablar de la Convención de Nueva

York. No obstante, lo que a mí me tomó tres volúmenes decir, lo dijo Steve Schwebel, ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia, en una sola palabra: "Funciona".

Si funciona, yo no lo arreglaría. Si no está roto, no lo arregles. Yo tengo reparos en afirmar que la Convención de Nueva York debe ser enmendada. Es algo que funciona. Es algo que, creo, ha jugado un papel muy importante en el desarrollo del arbitraje internacional en los últimos 40 años. De alguna manera ha sido un proceso orgánico.

A veces olvidamos todo esto porque hay actualmente ciento cincuenta y seis Estados contratantes en todo el mundo. Se trata de una convención esencialmente mundial, al igual que el SIAC que es un centro de arbitraje mundial. Es una convención mundial. Pero no siempre fue así. Tomó mucho tiempo para que muchos países empezaran a ratificar la Convención de Nueva York. En Estados Unidos no lo hicieron hasta la década de 1970. Los primeros Estados en ratificar la Convención de Nueva York fueron Israel, Egipto y Jordania durante los años siguientes a la negociación de la Convención en 1958. Sin embargo, lo cierto es que no había prisa en firmar la Convención.

La Convención está redactada en términos muy amplios casi como la Ley Federal de Arbitraje o la Constitución de los Estados Unidos con lo que se ha dejado un gran margen de maniobra a las cortes nacionales que, creo, han desarrollado un conjunto sólido y eficaz de interpretaciones de la Convención que han asegurado que los convenios arbitrales sean exigibles en todo el mundo y que los laudos arbitrales sean reconocidos y ejecutados en todo el mundo. Me preocupa mucho esos esfuerzos para mejorar ese proceso orgánico de colaboración por medio del cual los Poderes Judiciales de todos los países contratantes del mundo han



## Entrevista a Gary Born

desarrollado un régimen jurídico eficaz y viable. Creo que un esfuerzo legislativo con el propósito de revisar la Convención, generaría un retraso, no un beneficio.

Tengo mucho respeto por la CNUDMI, pero cuando analizamos sus esfuerzos por mejorar la Ley Modelo de la CNUDMI original de 1985 con las enmiendas incorporadas del 2006, y analizamos el artículo 17 con su enfoque europeo en relación a la redacción de sus disposiciones relativas a las medidas cautelares, creo que hemos ido hacia atrás, no hacia delante. Y no quiero imaginarme cómo la Convención de Nueva York se vería si se permitiese a legisladores poner la pluma en el papel.

Así que volviendo a la pregunta: ¿debería haber una “CNY 2.0”? Creo que no. De hecho, la Convención de Nueva York es en realidad una criatura orgánica viviente que ha venido desarrollándose de manera muy positiva, y creo que una CNY 2.0 interferiría con ese desarrollo de forma sustancial.

### **9. ¿Cree usted que el arbitraje de inversiones es un sistema que funciona? ¿Cuál es su opinión con respecto a las críticas que se suelen escuchar del arbitraje de inversiones?**

Una vez más mis puntos de vista no vendrán como una sorpresa. Creo que el arbitraje de inversiones funciona. No es perfecto. Ninguna forma de resolución de controversias es perfecta. Por definición, tienes a dos partes que no han sido capaces de llegar a un acuerdo, no han sido capaces de resolver sus disputas, y es que en muchos casos su objetivo principal en un proceso particular es hacerle la vida imposible a la otra parte. Un mecanismo que resuelve controversias no necesariamente es perfecto, y el arbitraje comercial internacional tampoco es perfecto. El arbitraje de inversiones tampoco es perfecto. Es desalentador, sin embargo, que el retrato que se ha pintado del arbitraje de inversiones por sus críticos ha sido completamente distorsionado.

Si damos un paso atrás al arbitraje de inversiones y al arbitraje en general, y se analiza el desarrollo del derecho internacional en las últimas tres o cuatro décadas, habría que concluir que el arbitraje de inversiones es en realidad el mejor ejemplo del Derecho Internacional funcionando y asegurando que el imperio de la norma internacional prevalezca en la actualidad. Yo diría que, en el mundo que hemos visto los últimos tres o cuatro años, contar con un mecanismo que garantice el

imperio de la norma internacional es algo por lo que deberíamos estar muy contentos, y que todos nosotros, incluyendo a las muchas personas que han terminado siendo críticos del arbitraje de inversiones, deberían halagar en lugar de difamar.

Creo que las críticas que se escuchan del arbitraje de inversiones están tan salvajemente distorsionadas que uno ni siquiera debería responderlas. Cuando uno escucha afirmaciones de que el arbitraje de inversiones no es transparente, realmente uno tiene que rascarse la cabeza. Después de las enmiendas a NAFTA, las enmiendas al CIADI, la Convención de Mauricio, las normas de transparencia de la CNUDMI, las audiencias de los arbitrajes de inversión en vivo por internet, la disponibilidad de los laudos del CIADI y otros laudos de inversión en internet, la idea de que los arbitrajes de inversión no son transparentes es realmente sorprendente. Más importante aún, si es que se quiere que el arbitraje de inversiones sea más transparente, entonces la respuesta es volverlo más transparente, no atacar el sistema como si fuese esencialmente defectuoso.

Al respecto, debo decir que no todos los países comparten la pasión que tienen los Estados Unidos y Canadá por la transparencia en la resolución de las controversias. Muchos países, por razones de políticas públicas, que al menos en algunos casos son muy legítimas y comprensibles, prefieren que sus controversias relativas a inversiones no sean públicas. Las opciones políticas que los Estados Unidos, Canadá y algunos Estados europeos han realizado con respecto a sus controversias es legítima, y ciertamente el arbitraje de inversiones ha sido flexible a dichas exigencias. No obstante, la idea de que se tratan necesariamente de soluciones globales o universales, creo, es una de la que debemos tener muchas dudas.

## El Arbitraje Internacional en debate *International Arbitration under debate*

El arbitraje de inversiones también se ha descrito en algunos círculos europeos como inevitablemente inclinado en contra del Estado, produciendo resultados que favorecen a los inversionistas en la gran mayoría de casos e involucrando árbitros que inevitablemente pertenecen a estudios de abogados corporativos por un lado, o consejos de administración, por el otro.

Creo que ambas críticas son absolutamente equivocadas. Si se analiza el trabajo que Susan Frank y otros han realizado empíricamente con respecto a los resultados en los arbitrajes de inversiones, no nos sorprenderá que alrededor de un tercio de todas las controversias se resuelvan rechazando las pretensiones del inversionista. Por otra parte, aproximadamente en un tercio de todas las controversias se ampara la pretensión del inversionista, pero a menudo solo en parte y a veces incluso en una pequeña parte. Y, finalmente, en el tercio restante todas las controversias se resuelven consensualmente.

Solo mirándolo en términos muy amplios, no creo que la fotografía que se nos vende sea correcta. Se sugiere que el arbitraje de inversiones favorece al inversionista. Sin embargo, creo que si se habla con un número importante de inversionistas, se concluirá que se trata en realidad de una fotografía que los desfavorece a ellos.

Para mí la más importante de estas distintas categorías es el 30 por ciento de todos los casos que se resuelven consensualmente luego de que el inversionista ha presentado sus pretensiones en un foro neutral, en que el Estado resuelve la disputa mediante una transacción, reconociendo que el inversionista tiene derecho a algo. Con todo el respeto a Owen Fiss, creo que un sistema que garantice la resolución consensual en un tercio de todos los casos es en realidad un sistema que está funcionando, no que no está funcionando.

No es de extrañar, por lo tanto, que tampoco esté de acuerdo con la idea de que los tribunales arbitrales de inversión están sesgados en contra de los Estados. En realidad, los Estados tienen, sea Brigitte Stern o Toby Landau o Chris Thomas, una serie de árbitros que designan con frecuencia que son muy experimentados. Las obligaciones de independencia e imparcialidad de las que siempre hemos escuchado hablar se aplican a todos los árbitros. El CIADI y otras autoridades nominadoras, sabemos por experiencia,

toman extraordinariamente en serio su responsabilidad de designar árbitros, sean presidentes o coárbitros, independientes e imparciales. Por lo tanto, creo que las críticas que se escuchan con respecto a la composición de los tribunales arbitrales están muy lejos de ser ciertas.

Con respecto a la supuesta inconsistencia en los resultados, creo que esto tampoco es correcto. Y en la medida en que la crítica viene con mucha fuerza, es importante tener en cuenta el contexto. José Álvarez ha hecho un estudio muy interesante sobre los arbitrajes de inversión en Argentina y llegó a la conclusión de que, en gran medida, los resultados son muy consistentes.

En mi propia experiencia, aunque ciertamente uno puede encontrar en algunos temas opiniones divergentes como, por ejemplo, la definición de trato justo y equitativo; en la inmensa mayoría de casos existe un alto grado de consistencia entre los laudos que provienen de arbitrajes de inversión; lo cual no es sorprendente, dada la frecuencia con que se citan dichos laudos en los arbitrajes de inversión, tal y como sugiere Gabrielle Kaufmann-Kohler con sus citas sobre la importancia que tienen los laudos a la hora de resolver una controversia. Las partes de los arbitrajes de inversión no citan laudos sin ningún propósito o sin ninguna finalidad. Los citan porque los tribunales arbitrales de inversión prestan mucha atención a los que otros tribunales arbitrales han decidido en casos anteriores.

¿Existen temas en que existen divergencias? Sí, pero eso difícilmente nos sorprenderá en un sistema que es, hasta cierto punto, del *common law*. Y con respecto a las cuestiones en que los Estados quieren las cosas más claras, se han estado enmendando los tratados bilaterales de inversión mediante la elaboración de nuevos modelos, períodos



## Entrevista a Gary Born

de trato directo de una manera o la otra, definiciones de trato justo y equitativo más específicas. Todo esto hace perfecto sentido. Esa es exactamente la manera en que la ley debe evolucionar.

Así que dando un paso hacia atrás, creo que la mayoría de las críticas que se realizan en contra del arbitraje de inversiones no solo son incorrectas, sino absolutamente incorrectas. Creo además que quienes hacen esas críticas, aquellos que buscan derribar el sistema del arbitraje de inversiones, le van a causar realmente mucho daño al derecho internacional e incluso un gran perjuicio al mundo en que vivimos. El imperio de la norma internacional es muy importante, sobre todo en la actualidad. Y muchos de los que atacan al arbitraje de inversiones, creo, harían bien en dar un paso atrás y pensar en cómo sería un mundo sin una aplicación neutral e independiente de las normas jurídicas porque esa es la dirección a la que llevarán a este mundo con sus críticas.

### **10. Teniendo en cuenta que usted ha señalado que el arbitraje de inversiones no es perfecto, ¿cuáles cree usted que son las áreas que merecen reforma y consideración?**

El costo de los arbitrajes de inversión es un gran problema. Y en la medida que este sistema ha estado moviéndose en dicha dirección, pienso que debemos hacer un uso más agresivo de los mecanismos de ahorro y una utilización más robusta de la autoridad de los tribunales de ordenar el pago de costos.

Creo que esto es sumamente interesante porque uno escucha con frecuencia críticas a los costos, sin embargo, cada vez que se analiza un arbitraje de inversión en particular, a pesar de que los Estados podrían lamentar el costo de los arbitrajes de inversión e incluso las

empresas podrían exigir un procedimiento arbitral más eficiente, uno encuentra que las partes nunca estén preocupadas por los costos.

Para mantenernos en el contexto del arbitraje de inversiones por un momento, los Estados nunca olvidan presentar todas las objeciones jurisdiccionales posibles sin importar que las posibilidades de que las mismas sean amparadas sea improbable. Por otra parte, los demandantes nunca dudan en solicitar la exhibición de documentos sin importar que difícilmente vaya a ser concedida.

Y creo que los tribunales pueden y deben hacer más para tratar de garantizar que los procedimientos sean más eficientes y más expeditivos. Esto no se aplica tan específicamente al arbitraje de inversiones, pero una innovación del Reglamento de Arbitraje del SIAC que deberían considerar cuidadosamente otros centros de arbitraje son los “procedimientos expeditivos” diseñados para controversias específicas cuyo monto en disputa se encuentre por debajo de un determinado monto de dinero o que tienen una urgencia excepcional.

El centro de arbitraje tiene la autoridad para requerir a un árbitro único, con independencia del número de árbitros pactado en el convenio arbitral, que dicte un laudo dentro del plazo de seis meses desde que se constituyó el tribunal arbitral. Este no es necesariamente un procedimiento que tendrá todas las características que los litigantes puedan desear en todos los casos, pero es un procedimiento que creo que le da a los comerciantes lo que están buscando en ese tipo de controversias. Y pienso que otros centros de arbitraje harían bien en analizar este mecanismo para garantizar eficiencia. Aunque estoy seguro de que hay sugerencias de mejora.

Un área en la que no creo que tendría sentido una mejora es la ética. Tengo reparos de que los centros de arbitraje impongan normas uniformes sobre la ética del abogado en todos los arbitrajes de conformidad con el reglamento de arbitraje de un centro en particular. Pienso que las cuestiones de ética son complicadas. Aunque sin duda se pueden encontrar casos en los que las cosas van mal, pienso que los sistemas de regulación de los propios países funcionan muy bien. Y para reiterar lo que dije antes: “si no está roto, no lo arregles”. 