

¿Qué nos dijo Gary Born?

El 30 de septiembre de 2020 la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA trajo a Venezuela a Gary Born. Sí, la AVA lo trajo virtualmente, en una *Master Class* titulada *Is Summer Comming? Developments in International Arbitration*, transmitida en vivo por zoom y por su canal de youtube.

Gary Born no necesita presentación, es uno de los tratadistas y profesores más importantes del mundo en materia de arbitraje. Su obra *International Commercial Arbitration*, en tres gruesos volúmenes, con más de 4 mil páginas, ya en su tercera edición recientemente publicada, es el tratado de arbitraje más completo que existe, obligatoria referencia en todo el amplio campo del arbitraje internacional.

Aunque la clase magistral fue en idioma inglés, nos permitimos hacer un resumen de lo que nos pareció más relevante, en traducción libre al castellano.

Nos dijo Born que el arbitraje se usa en el mundo desde hace siglos, incluso antes de los romanos, y que el verano llegó al arbitraje comercial internacional desde las últimas 3 o 4 décadas. La primavera del arbitraje había llegado con la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, suscrita por 165 países, herramienta global fundamental para el reconocimiento y ejecución eficiente y casi universal de laudos arbitrales, seguido de la adopción de la Ley Modelo UNCITRAL por un centenar de países, configurándose así un marco eficiente para la conducción de arbitrajes internacionales, bajo el cual los centros de arbitraje internacional han experimentado un sustancial incremento de casos en los últimos 30 años. También el arbitraje de inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros ha experimentado un crecimiento muy importante en los últimos años. En el arbitraje internacional las disputas involucran al mundo entero, no sólo a Europa o los Estados Unidos, sino también Latinoamérica, Asia, el Medio Oriente, involucran una amplísima diversidad de nacionalidades, temas, sectores, industrias, actividades comerciales, financieras, deportivas, propiedad intelectual, etc.

Nos comentó Born que en los últimos 10 años han aparecido algunas nubes, por ejemplo en el arbitraje de inversiones, donde se alega falta de transparencia, objetividad, neutralidad y de resultados eficientes y consistentes; algunos países sobre todo en Latinoamérica han criticado el sistema. Para Born, las estadísticas de los casos revelan que el arbitraje de inversión no ha resultado tan negativo para los Estados, visto el porcentaje de casos ganados o las reducciones de las condenas respecto a la cuantía demandada por los inversionistas. Según Born, las consideraciones del grupo de trabajo UNCITRAL y de la Unión Europea sobre que resulta preferible la creación de un tribunal permanente de arbitraje de inversiones no necesariamente es una alternativa más imparcial ni neutral; Born es de la opinión de que no hay crisis de legitimidad del sistema sino críticas de Estados que no quieren someterse al sistema.

Born sostiene que los beneficios del *investor-state arbitration* son mayores que los problemas que algunos le ven, por ejemplo la Unión Europea, que considera que puede ser violatorio de la normativa europea, y por eso Born tiene confianza en que al final el sistema prevalecerá.

También el arbitraje comercial internacional ha estado sujeto a algunas críticas, alegándose que disminuye la posibilidad de que las cortes estatales apliquen la ley y establezcan precedentes para futuros casos. Aunque Born afirma que las críticas deben tomarse en serio, también opina que en el arbitraje internacional las nubes y críticas no avizoran un invierno sino más bien todo indica que el verano viene.

Born nos dice que tal convicción que él tiene le viene, en primer lugar, de que el arbitraje es expresión de una aspiración fundamental de las sociedades libres y democráticas, una creación del consentimiento de las partes para resolver sus conflictos, que confiere una confianza que facilita la contratación y las relaciones comerciales entre las partes.

En segundo lugar, para Born el arbitraje es capaz de hacer efectivo el *rule of law*, entendido como el estado de derecho o el imperio de la ley. Le da efecto a la libertad y autonomía de las partes, es más eficiente, expedito, especializado, porque las partes pueden elegir los árbitros que más sepan del asunto en disputa.

Born insistió en que el arbitraje es *even-handed*, es decir, más imparcial, neutral y equitativo que las alternativas disponibles, esto es, que las cortes estatales; las partes así lo perciben cuando saben que pueden escoger los árbitros, y que los centros de arbitraje normalmente tienen experiencia en escoger árbitros apropiados cuando les corresponde. Las partes saben que pueden escoger la sede que perciban como justa y neutral, que pueden diseñar el procedimiento del arbitraje y sus plazos, de una manera más flexible, sin estar sometidas a leyes procesales estatales.

Agrega Born que el arbitraje es ejecutable (*enforceable*), y que en definitiva permite satisfacer las aspiraciones de las partes de que se haga justicia en un grado mayor que las alternativas disponibles, donde los jueces estatales no son especializados en los temas en disputa y las normas procesales estatales son rígidas y formalistas.

Born también resaltó que en el arbitraje no hay causales de apelación que impactarían en su eficiencia y rapidez, sino que por el contrario el laudo está sujeto a una revisión limitada que no entra en lo sustantivo de la controversia, lo cual lejos de ser un defecto es más bien percibido como un atractivo del arbitraje. Born se refirió a que algunos centros de arbitraje incluyen la opción de apelación, pero que su uso es muy infrecuente, porque las partes son escépticas acerca del valor de este mecanismo. Para ellas la posibilidad de escoger árbitros especializados y de que los centros con su experiencia y conocimiento también lo puedan hacer, minimiza que haya serios errores en el

arbitraje, sobre todo en comparación con lo que podría pasar con los jueces estatales. También las partes son escépticas en que, de haber errores, puedan éstos ser corregidos en apelación, o si mas bien pueden producirse otros errores.

Resalta Born que el arbitraje es ahora más electrónico, con mayor uso de la tecnología; es una nueva ventaja que hace muy atractivo el arbitraje, sin duda lo hará más eficiente y expedito y abaratará costos de traslado, viajes, hospedaje, viáticos, etc. Born no ve que en procesos arbitrales virtuales los árbitros estén menos involucrados en los casos, las audiencias presenciales tienen también sus desventajas en términos de cansancio de los árbitros, jetlag, etc, y no necesariamente lo virtual es peor que lo presencial.

Nos relata Born que el arbitraje internacional ha ido más allá de lo meramente comercial y contractual y ha decidido eficientemente casos donde por ejemplo están involucrados hechos de corrupción y hasta de derechos humanos.

Born es optimista respecto a que los comerciantes juegan un rol esencial en las actividades comerciales, y muchos Estados están dispuestos a respetar el arbitraje comercial internacional sin importar sus posiciones ideológicas y políticas.

Ante una pregunta sobre si la inteligencia artificial permitirá prescindir de árbitros humanos, Born se manifestó bastante escéptico, diciendo que ve un muy largo camino todavía para que algo así ocurra.

Sobre la confidencialidad del arbitraje Born comentó que para él lo importante es que las partes tienen la autonomía y libertad de acordarla, pero en su opinión no es una característica esencial del arbitraje internacional; en varias jurisdicciones los laudos circulan libremente, en general la tendencia es la de publicar y hacer disponibles los laudos, omitiendo la identificación de las partes.

Señalo Born que el arbitraje deportivo se ha incrementado significativamente, y que la Corte de Arbitraje Deportivo en Lausanne, Suiza, ha hecho un espectacular trabajo, hay uso frecuente de árbitros de emergencia decidiendo aspectos en horas o días.

Ante otra pregunta sobre los costos del arbitraje, Born respondió que las tarifas de los centros de arbitraje y honorarios de los árbitros son la parte mas pequeña del costo total del arbitraje internacional, y que los costos predominantes son los honorarios de abogados de las partes, por lo que deben ser más el foco de atención en este tema.

Sobre el impacto de la interferencia de las cortes estatales en el arbitraje, Born concedió que ello efectivamente lesiona su eficiencia, y que las amenazas al arbitraje internacional amenazan igualmente al comercio internacional, pero que afortunadamente dicha interferencia en general es reducida dadas las limitadas causales legales

para dicha intervención, sobre todo en las jurisdicciones bajo la Ley Modelo, por lo que en la mayoría de los países las cortes no han obstaculizado el arbitraje de manera significativa. Más bien Born destacó que en materia arbitral se observa un importante grado de cooperación entre la comunidad de negocios y los órganos legislativos y judiciales nacionales.

En opinión de Born, en el arbitraje internacional los árbitros hacen un mejor papel haciendo efectivo el *rule of law* que las mismas cortes y jueces estatales. En materia de *hardship*, o excesiva onerosidad en los contratos por causa del Covid, los árbitros tienen amplia discreción para interpretar y aplicar la ley y adoptar todas las figuras admisibles en derecho para resolver la controversia.

Hubo una pregunta final sobre el reciente avocamiento del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en un arbitraje en curso y la posibilidad en el arbitraje de pedir el cambio de sede por inconveniente. Born coincidió en que el avocamiento como fue descrito en la pregunta es una violación de la no intervención judicial en el arbitraje bajo la Convención de Nueva York y bajo leyes que adoptan la Ley Modelo. Born sostuvo que habría serios argumentos para solicitar se revise el acuerdo arbitral, al menos en lo que se refiere a la escogencia de la sede, por cambio de circunstancias, y que él ve muy plausible que cortes extranjeras sostengan la invalidez sobrevenida de la escogencia de la sede en un caso como éste.

Esperamos que esta feliz iniciativa de la AVA de traernos a Gary Born contribuya a que podamos continuar aprendiendo de maestros de esa talla.

Pedro Rengel Núñez
Miembro del Consejo Directivo de la AVA

Caracas, enero de 2021.