

## PANORAMA Y TENDENCIAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

### Entrevista a Robert Briner\*

*La Cámara de Comercio Internacional de París es una de las instituciones de solución de controversias internacionales más prestigiosa en el mundo. Una rica experiencia en la organización y administración de arbitrajes en las últimas décadas, y en diferentes países del mundo ha contribuido a consolidar al arbitraje como el medio de solución de conflictos más eficiente en el comercio internacional.*

*En esta entrevista, Robert Briner comenta sobre diversos temas de actualidad en materia de arbitraje, reflexiones que deben servir como guía para el enfoque de los problemas sobre el arbitraje en nuestro ámbito local.*

\* Ex Presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (1997-2005). Esta entrevista fue posible gracias a la colaboración de la doctora Dyalá Jiménez-Figueres. Agradecemos al doctor Roger Rubio Guerrero por cedernos la publicación de la presente entrevista.

**1. ¿Considera Usted que la globalización ha contribuido a una acentuación de la aplicación de la *lex mercatoria* en los arbitrajes internacionales?**

No estoy seguro si es que hay una relación directa entre la globalización y la *lex mercatoria*. Lo que ha hecho la globalización, por supuesto, es incrementar y multiplicar la cantidad de transacciones internacionales y que, en consecuencia, se celebren más contratos internacionales; y cuantos más contratos internacionales se tengan, surgirán más potenciales controversias.

Ahora, la *lex mercatoria* se desarrolló hace cerca de treinta años en gran medida basada en laudos de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, "CCI") y también, más adelante, por varios avances como los principios del Institute for the Unification of Private Law<sup>1</sup> (en adelante, "UNIDROIT"), que tratan de codificar de alguna forma las leyes de la economía moderna y la Convención de Viena sobre contratos de compraventa<sup>2</sup>. Hay, por tanto, una tendencia en la solución de controversias que se dan el marco del comercio internacional en las cuales no necesariamente se aplica la ley del país A o del país B. Por eso, las reglas de la CCI señalan que los árbitros pueden escoger aquellas reglas de derecho que crean apropiadas, siempre que las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre la ley aplicable a su relación contractual. Entonces, existen varias razones por las cuales vemos que hay cada vez más casos que son decididos sobre la base de la *lex mercatoria* y no sobre una particular y estricta ley, lo que considero que responde al incremento en el uso de arbitraje.

**2. ¿El arbitraje o los sistemas de solución de controversias que están incluidos en los tratados de libre comercio o en los tratados bilaterales de inversión pueden sustituir el rol de las instituciones arbitrales internacionales como la CCI?**

No, porque lo que esos acuerdos o tratados hacen es sólo cubrir una parte relativamente pequeña de las controversias internacionales, básicamente, controversias derivadas de inversiones que versan sobre expropiación, trato desigual, entre otros;

mientras que el área de actividades de instituciones como la CCI va mucho más allá. Sólo el 10% de nuestras controversias involucran conflictos derivados de un tratado de inversión, en tanto que el 90% de las controversias surgen de tal fuente, y aun en las controversias que sí emanan de un tratado de inversión, hay muchos casos en los que no tienen ninguna relación con las cuestiones particulares de una inversión.

Por ejemplo, una cuestión de esta naturaleza se presentó en una de mis primeras decisiones: decidir si un trabajo de construcción (una autopista en Marruecos) era o no era una inversión<sup>3</sup>. Los árbitros llegamos a la conclusión de que se trataba de una inversión, pero no toda negociación comercial que involucre al Estado o una empresa estatal implica una inversión. En ese caso, como dijimos que se trataba de una inversión y que por lo tanto éramos competentes, el siguiente paso fue verificar la violación del tratado, y llegamos a la conclusión que tal hecho no se había producido, sino que era un trabajo típico de construcción que no tenía nada que ver con inversiones.

Entonces, no creo que el crecimiento de tratados de inversión traiga como consecuencia la reducción de nuestros casos, ya que incluso existen posibilidades de poner cláusulas de la CCI en los tratados de inversión.

**3. ¿Considera que hay consecuencias prácticas que resultan de la discusión teórica acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje?**

Realmente no lo sé. No soy una persona tan analítica, pero es claro que el arbitraje está siempre relacionado con el aspecto jurisdiccional y que ello implica la autorización del Estado para realizar una función que en principio le corresponde. Existe toda una discusión del papel que juega el arbitraje y acerca de cuál es la naturaleza de un laudo que ha sido dado en el lugar del arbitraje, lo que nos lleva a la Convención de Nueva York<sup>4</sup>. Algunos sostienen que un laudo arbitral es válido sólo si se basa en la ley del lugar del arbitraje y por ello habría un cierto aspecto jurisdiccional, pero por supuesto, todo lo demás, especialmente la completa libertad de procedimiento y la autonomía de las partes, es contractual. En buena

<sup>1</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT: Institute for the Unification of Private Law).

<sup>2</sup> Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

<sup>3</sup> Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco. ICISID Case ARB/00/6.

<sup>4</sup> Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

cuenta, si usted desea poner todo en un mismo lugar, se puede decir que es un híbrido.

**4. ¿Es posible abandonar la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*?**

Considero que esto ya no constituye un problema. Fue un problema en Italia, donde se tiene el *arbitrato irrituale*, pero para efectos prácticos la cuestión es qué poderes pueden tener los árbitros bajo la ley y qué poderes les pueden conferir las partes. Es decir, ¿realmente tienen las facultades para decidir *ex aequo et bono*, en equidad o como amigables componedores? Yo no creo que exista mayor controversia o dificultad hoy. Incluso Inglaterra permite un arbitraje válido en equidad, y la ley inglesa y la mayoría de las leyes en la actualidad no distinguen, cuando se trata de la autonomía de las partes, cuánto poder o qué clase de poder se les quiere otorgar a los árbitros.

**5. ¿Qué directrices generales se deben tomar en cuenta respecto de la intervención de terceros o partes no signatarias de la cláusula arbitral en un proceso arbitral?**

No creo poder dar directrices, pues depende en gran medida de lo establecido en la ley. Yo diría que hoy en día, en jurisdicciones sofisticadas como la Corte Francesa de Apelación o la Corte Suprema Federal de Suiza, las únicas razones por las que en los últimos años los laudos han sido anulados es, precisamente, porque el juez tenía una opinión diferente acerca de quién estaba cubierto con la cláusula arbitral. Es cuestión de interpretar el contrato y aplicar la ley. ¿Está la tercera parte obligada por la cláusula de arbitraje o no? Esta es también una cuestión que se ha visto en un laudo reciente. Una decisión de la Corte Suprema inglesa ha señalado que la teoría del grupo de empresas no existe en Inglaterra<sup>5</sup>, lo cual de cierta forma probablemente es errado, pero eso te muestra toda la problemática que hay en el tema. No se puede dar pautas generales en esto, todo depende mucho de la ley que se aplique en cada caso particular, pero se puede decir en principio que la parte no signataria está obligada por la cláusula de arbitraje.

**6. Hay una percepción de que existe una influencia de las prácticas judiciales de**

**los abogados del *common law* en el arbitraje internacional y que de alguna manera esto podría dañar los procesos arbitrales ¿Cuál es su opinión acerca de este fenómeno de judicialización del arbitraje? Teniendo en cuenta ello, ¿qué pueden hacer los árbitros cuando se encuentran con muchos vacíos y lagunas en las leyes de arbitraje locales y a veces hasta en los propios reglamentos? ¿Qué problemas o vacíos se advierten en la aplicación de las reglas de arbitraje de la CCI de 1998?**

Claramente es un problema y una razón para preocuparse. Es lo que estaba diciendo acerca de que el manejo adecuado del caso es el desafío más importante en un arbitraje. Ser capaces de controlar razonablemente la cantidad de tiempo, gastos y dinero que las partes tienen que poner en el arbitraje. Yo no sé hasta que punto esto es un fenómeno, por ejemplo, en América Latina. Entiendo que ahí el problema está vinculado más con que ustedes siguen más o menos de una manera esclava lo que las cortes públicas hacen en todos los procesos. Existen arbitrajes en varias partes de Asia donde no se rigen por el *common law* y no existe ese fenómeno. Aquél es un fenómeno que en cierta medida ha sido desarrollado por la intervención de grandes litigantes británicos, americanos y firmas litigantes en arbitraje, quienes tratan al arbitraje como un litigio *offshore* y por tanto lo desnaturalizan en cierta manera porque no dejan usar la flexibilidad que posee.

Sobre lo segundo, es claro que construir un procedimiento que sea satisfactorio para ambas partes, en el que éstas sientan que han sido capaces de presentar sus casos y su defensa, es uno de los mayores desafíos. No creo que se pueda dar una respuesta general porque será completamente diferente si usted tiene una compañía peruana y una compañía argentina con árbitros latinoamericanos o si tiene una compañía peruana y una compañía estadounidense con árbitros del *common law*. Yo creo que el desafío es desarrollar un procedimiento que sea efectivo en costos y en tiempo en cada caso.

En la CCI hemos tratamos de hacer una lista de los problemas que tenemos en todos los casos resueltos. Cuando finalizan, enviamos un

<sup>5</sup> Peterson Farms Inc v. C&M Farming Ltd. (2004) EWHC, 121 (Comm).

cuestionario a los árbitros y a las partes, y una de las preguntas se refiere exactamente a cualquier aclaración con respecto a problemas con las reglas, y puedo afirmar que no ha habido problemas serios. Hay una o dos cuestiones que podrían aclararse, tal vez, en relación con los costos del arbitraje. Por ejemplo, ¿qué hacer cuando el tribunal arbitral decide sobre los costos del arbitraje en un laudo parcial? ¿Se puede decir que sólo podemos hacer eso en el laudo final, pues es sólo con éste que los montos de los honorarios para el árbitro se determinan? Existen algunas cuestiones técnicas como esa, pero yo diría que no hay problemas básicos.

**7. En su opinión, ¿es conveniente tener un sistema de responsabilidad o un sistema de inmunidad para los árbitros?**

La Cámara de Comercio Internacional básicamente ha dicho que hay inmunidad. Ahora que haya o no inmunidad dependerá de las leyes locales del lugar del arbitraje, posiblemente del domicilio del árbitro. Nosotros hemos escogido el enfoque de inmunidad. Yo creo que la cuestión radica menos en los errores cometidos por los árbitros al aplicar la ley o en identificar los hechos relevantes para el caso. Más bien, considero que uno puede meterse en serios problemas, por ejemplo, cuando no se dice al inicio del arbitraje que se tiene un conflicto de intereses y luego esto salen a la luz y el árbitro es con toda razón recusado por no cumplir con su obligación de declarar. Creo que ahí se pueden tener problemas serios de responsabilidad. En definitiva, nosotros tenemos un sistema básicamente de no responsabilidad, pero obviamente la última regla tendrá que ser impuesta por la corte estatal que sea competente para decidir tal cuestión.

**8. ¿Qué criterios generales se deben tener en cuenta en el tratamiento de la confidencialidad antes, durante y después del arbitraje?**

Yo no sé si las leyes peruanas tienen una norma de confidencialidad. Es difícil definir esto en líneas generales. En todo el mundo se tienen compañías que cotizan en las bolsas de valores y existen leyes imperativas que rigen las bolsas para realizar ciertas transacciones y revelar información importante. Creo que la única forma de establecer el grado de confidencialidad que quieren las partes

es estipulándolo en los convenios arbitrales o en las actas de misión en los arbitrajes de la CCI. En realidad, vemos pocas actas de misión que contienen reglas de confidencialidad.

**9. ¿Es necesario que las instituciones arbitrales cuenten con un Código de Ética de árbitros para un mejor control de su imparcialidad e independencia?**

Entiendo que es un tema que está en discusión aquí. Personalmente tengo una opinión relajada al respecto, pues existen las reglas de la International Bar Association sobre conflictos de interés de los árbitros<sup>6</sup>. En realidad, soy escéptico al respecto porque cuando existen reglas, existe la posibilidad de escaparse de su aplicación a través de los vacíos que hay en ellas. Y uno puede decir: "lo que hice no está prohibido por el Código de Ética". Hay mucho que decir en contra y a favor de aquello. En mi opinión, no creo que debamos tener un Código de Ética, no creo que sea útil para nosotros, pero veo que hay otras instituciones que no tienen el tipo de experiencia que nosotros tenemos, las cuales podrían encontrar útil tener esta clase de reglas.

**10. Cuando una corte anula un laudo arbitral, ¿es conveniente que el caso regrese a los árbitros o es mejor que la corte se pronuncie sobre el fondo de la controversia como es admitido por ley de arbitraje francesa? ¿Cuál es el rol que debe cumplir el sistema judicial frente al arbitraje?**

Hay varias soluciones dependiendo de las leyes, y depende también de la causal de la nulidad. Se tienen diferentes situaciones; por ejemplo, cuando se trata de un tema de competencia judicial no hay nada que devolver a los árbitros. Si no tuvo competencia entonces nada ha ocurrido, o si se tiene un árbitro recusado no hay tribunal y se anula la causa; depende de las leyes de cada país. En aquellos casos donde hay todavía algo que decidir, ¿puede la corte decidir o tiene que devolverlo a los árbitros? Yo no digo que un sistema sea mejor que el otro. Pienso que la respuesta está en la tradición judicial de cada país.

En lo que refiere a la segunda pregunta, creo que la función de las cortes judiciales es brindarle apoyo al arbitraje. No querer hacer el

mismo trabajo, ser un soporte y ofrecer el marco legal suficiente en el cual la autonomía de las partes pueda aplicarse para una adecuada gestión del arbitraje.

**11. ¿Considera usted necesario revisar la Modelo United Nations Commission on International Trade Law (en adelante, “UNCITRAL”)?**

Hay varios problemas que podrían incluirse claramente en varios artículos en revisión. Hay toda una discusión en relación con las medidas cautelares y existe el problema sobre qué constituye “escrito” como requisito de la cláusula arbitral bajo la Convención de Nueva York y la Ley Modelo UNCITRAL. Así, que creo que existe siempre la posibilidad de modificar el sistema UNCITRAL que tiene casi treinta años con la finalidad de actualizarlo. Pienso que es algo que puede hacerse, pero no sé si sea totalmente necesario o si realmente puede mejorarse. No obstante, existe esa tendencia y pienso que será difícil detenerla, aunque dudo que realmente sea esencial. Probablemente vaya a ocurrir de alguna u otra forma, y parece que está definitivamente ocurriendo en toda la cuestión de medidas cautelares y toda esa clase de cosas, así que ya veremos.

**12. ¿Qué dificultades frecuentes se observa en la aplicación de la Convención de Nueva York?**

Creo que la principal dificultad es cómo el acuerdo arbitral está escrito. Esa es claramente la cuestión. También está el problema del orden público, pero creo que la más reciente tendencia no va en dirección a modificar la Convención de Nueva York, ya que todos tienen temor a que se pierdan las reglas que se han uniformizado en más de 136 países que la han ratificado y no se quiere tener tres sistemas diferentes en los siguientes treinta años: aquellos Estados que no la han ratificado en absoluto, aquellos que han ratificado la Convención original y aquellos que han ratificado la Convención original y sus modificatorias. Creo, más bien, que la idea va en dirección a modificar la Ley Modelo UNCITRAL, la cual no es una ley aplicable sino sólo una ley modelo y dejar que cada judicatura en cada Estado lleve a un concepto

más moderno sobre estos temas. Por otro lado, lo mismo se dice acerca de la Convención de Washington o Convención del International Centre for Settlement of Investment Disputes<sup>7</sup> (en adelante, “ICSID”). Se tiene también la idea de que las reglas del arbitraje podrán cambiar, pero la Convención de Washington probablemente no cambiará, al menos en el futuro cercano. Una vez más por la principal razón de que no queremos tener dos sistemas legales distintos para aplicar al mismo tiempo.

**13. ¿Cómo evaluaría la experiencia y el crecimiento del uso del ICSID en los últimos años?**

Pienso que eso se debe a que hay muchos más tratados bilaterales de inversión. Existen alrededor de 2,500 y por lo tanto se tiene una gama de riesgos, como lo ocurrido en Argentina, donde a raíz de la crisis económica ocurrida en ese país, surgieron inmediatamente doce o quince casos en contra de este país bajo las reglas del ICSID. Pienso que hay ahora cierta tendencia que trata de definir más claramente los límites de la Convención del ICSID. En otras palabras, como lo mencioné anteriormente, ¿qué es una inversión?, ¿es posible diferenciar totalmente entre reclamos por tratados y reclamos contractuales?, ¿se puede llevar reclamos contractuales bajo reclamos por tratados? Se tiene el ejemplo de Société Générale de Surveillance - (en adelante, “SGS”) *versus* Filipinas<sup>8</sup> y *SGS versus* Pakistán<sup>9</sup>. ¿Confiere el tratado alguna clase de garantía para los contratos del Estado?, si uno tiene un acuerdo con el Estado, ¿está restringido a los reclamos por tratados vía expropiación tradicional, trato justo y equitativo entre otros, o puede uno acudir por toda clase de reclamos de naturaleza comercial? Estos son casos recientes que están siendo revisados por diferentes tribunales del ICSID, donde probablemente en unos años tengamos una especie de acuerdo general, pues la casuística evoluciona. En suma, hay cada vez más acuerdos, más tratados bilaterales o multilaterales de inversión que la gente está descubriendo, y está poniendo a prueba cuáles exactamente son los límites de la jurisdicción en materia de inversiones.

<sup>7</sup> Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965.

<sup>8</sup> Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan. Caso ICSID del 1 de abril de 2003.

<sup>9</sup> Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines. Caso ICSID del 2 de abril de 2006.

**14. ¿Puede América Latina convertirse en una plaza importante para arbitrajes internacionales?**

Usted dígamelo. No es difícil. Si se trata de una empresa peruana y una colombiana no necesariamente querrán acudir a París o a Londres y podrían más bien buscar un lugar más cercano y, ¿cuáles son los lugares más cercanos? Para esto hay que ver cómo el público, cómo los abogados, cómo todos ven la calidad de los servicios, las cortes y cosas así en determinado país. Honestamente no tengo experiencia personal alguna para saber cuán amigables son las cortes peruanas con el arbitraje. Basta con dar tres o cuatro malas sentencias para hacerse una mala reputación. Por el contrario, en caso de una buena decisión, Perú puede eventualmente pasar

a ser un lugar confiable para el desarrollo arbitrajes.

**15. ¿Cuáles son los desafíos de las megainstituciones arbitrales como la CCI y otras de cara al siglo XXI?**

Pienso que ser capaces de continuar ofreciendo un producto competitivo a los usuarios. Depende de las instituciones mismas por lo que no necesariamente pondría a todas en la misma categoría de la lista. Depende si éstas pueden desarrollar sus especialidades. Para la CCI se trata en gran medida del escrutinio del laudo y para centros como la Cámara de Comercio de Lima fijar los honorarios y no dejar que los árbitros los fijen. Creo que se tienen esos desafíos. En buena cuenta, ofrecer un producto de calidad a un precio competitivo.