

NOTAS SOBRE ARBITRAJE Y JURISPRUDENCIA

1. Proemio

Con las connotaciones propias de ambos sistemas jurídicos occidentales, el continental (romano) y el "common law" (inglés), la referencia a los precedentes constituye el punto de partida del razonamiento judicial a la hora de resolver la controversia sustancial o alguna cuestión incidental de procedimiento dentro de aquélla.

Las razones para recurrir al análisis externo y retrospectivo para sostener o comparar los fundamentos de una sentencia o de una resolución interlocutoria, varían según los mencionados sistemas jurídicos y sus respectivas "fuentes del derecho"

En la órbita romana del derecho, los jueces no sólo no están obligados por los precedentes sino que la propia ley llega en algunos sistemas a prohibirles la creación pretoriana de normas generales.¹ En los países presididos por un Código Civil, la jurisprudencia no constituye una fuente del derecho sino en una fuente de la interpretación del derecho. Sin embargo, los tribunales suelen casi invariablemente inspirarse en las soluciones dispensadas en casos anteriores, especialmente allí donde detectan "jurisprudencia pacífica", esto es una suerte de doctrina cuya claridad, continuidad y permanencia asegura una decisión consistente y sostenible en las instancias de apelación.

También sería el caso de la "doctrina vinculante"

para aquellos tribunales que integran sistemas judiciales con instancia casatoria, como es el caso de Francia, Italia y España entre otros, donde es posible la anulación del fallo por "error in iudicando" cuando se advierte un apartamiento de la posición dogmática impartida por la máxima instancia en supuestos de "jurisprudence constante"²

La idea de la "jurisprudencia pacífica" es, con todo, más permeable que la regla central del "common law" conocida como "stare decisis" o "stare rationibus decisis", según la cual los tribunales deben lealtad al razonamiento jurídico expuesto en casos análogos, al punto de considerarse que tales decisiones constituyen la ley misma, no sólo para los jueces sino para la sociedad en general. En 1997, la Corte Suprema de los Estados Unidos explicó con sinceridad el sentido y los alcances del principio "stare decisis et non quieta movere" (mantener lo decidido y no mover lo que está establecido):

[...] "Nos aproximamos a la reconsideración de decisiones de esta Corte con la mayor cautela. Stare decisis refleja una política de juzgamiento según la cual en la mayoría de los casos es más importante que la regla legal quede establecida a que quede establecida correctamente. Y ello es preferible porque promueve el desarrollo de principios legales equilibrados, predecibles y consistentes, alienta la confianza en

* Árbitro, consultor y docente universitario. Abogado, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Master of Laws (LLM), Cornell University, Nueva York, EUA. Profesor Titular del Seminario de Arbitraje Comercial Internacional en la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina. Publicaciones recientes: *El error de derecho como exceso de jurisdicción*. (Doctrina Judicial LA LEY Buenos Aires, Año XXVI, N° 35, p. 2355), Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) (www.foresjusticia.org.ar/carat/Documento). - *El Arbitraje en el proyecto de reforma legislativa* (Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Volumen 72, N° 1). - *Terceros en el arbitraje. La situación del asegurador*. (Doctrina Judicial LA LEY, Buenos Aires, Año XXVIII, N° 26, pag. 1) - *Notas sobre la necesidad de una ley de arbitraje comercial*. (Doctrina Judicial LA LEY, Suplemento de la Universidad del Salvador, 2013 N° 1,)

1. En Francia, por ejemplo, el artículo 5° del Código Civil prohíbe a los jueces el *arrêt de règlement* o regla general específica para el procedimiento en curso.

2. En otros sistemas, como el argentino, los códigos de procedimiento federal y numerosos locales permiten a las Cámaras de Apelaciones el dictado de fallos "plenarios", cuya doctrina es obligatoria para los jueces de las instancias inferiores

las decisiones judiciales y contribuye con la actual percepción de integridad del proceso judicial"³

La cuestión que anima estas líneas consiste en proponer el debate sobre si los árbitros, especialmente en el arbitraje comercial internacional, llamados a decidir la controversia con referencia a un sistema jurídico determinado (por las partes, por la ley aplicable o por ellos mismos), están obligados a examinar, evaluar y eventualmente a respetar la "jurisprudencia pacífica" de los jueces del estado emisor de aquel sistema de normas y desde otra perspectiva, cuál es el rol de las partes ante esta axial disyuntiva.

Sobre este tema se ha escrito muy poco, a pesar de que los árbitros en cuestiones comerciales internacionales se encuentran con frecuencia en la necesidad de establecer si sus facultades para interpretar la ley son similares o más liberales que aquellas dispensadas a los jueces del estado.

2. El dilema de la ley aplicable.

En el arbitraje de derecho, como ya se sabe, los árbitros deben adjudicar la controversia de acuerdo con la "ley aplicable". Este mandato, en la opinión de Born⁴, no se limita a aplicar el contrato entre las partes o incluso la ley elegida por las partes, sino que los obliga a "aplicar la ley aplicable", incluyendo cualquier disposición legal pertinente a la disputa. Esta función adjudicatoria, dice el eminente autor citado, "[...] trasciende la prestación de un servicio contractual a las partes o el cumplimiento de un deber contractual. Antes bien, es el cumplimiento de un mandato adjudicatorio comparable con el de un juez, aplicable aún cuando el cumplimiento de ese mandato sea directamente contrario al acuerdo entre las partes"

Así expuesto, el arbitraje de derecho –cuando se trata de la referencia a un sistema jurídico determinado– en su más exacta concepción, sólo admite los límites que las partes puedan haber acordado en su convención arbitral cuando la solución del caso, con esas restricciones, sea compatible con la ley aplicable.

Recuerda Lowenfeld⁵ que si el arbitraje "Mitsubishi

v. Soler" hubiera seguido adelante, los árbitros no habrían podido resolverlo bajo la ley pactada (Suiza) –que no regulaba conductas anticompetitivas en mercados extranjeros– y habrían recurrido a la ley "antitrust" norteamericana, en cumplimiento de su obligación de juzgar en la controversia.

El primer análisis transcurre entonces en concebir si implícita en el concepto de ley aplicable, se encuentra la interpretación de la ley hecha por los tribunales del estado.

Como punto de partida para la determinación de la ley aplicable, el tribunal arbitral debe inicialmente reparar en el acuerdo de arbitraje o en la selección de la ley aplicable concluida por las partes para dicho acuerdo o para la relación jurídica en juzgamiento (Choice of Law).

En la opinión de Berger⁶ la selección de la ley aplicable de un país del "common law" trae aparejada la incorporación de los precedentes en el contexto de la doctrina del "stare decisis", en la medida que el caso arbitral no pueda ser claramente distinguido de la base fáctica del precedente estatal.

El precedente judicial acredita la existencia de una regla legal particular en la medida que se trata de la "correcta expresión de la ley".

Para el mismo autor, la cuestión puede ser diferente cuando la ley aplicable es aquella de una nación del sistema civil, donde el precedente serviría como "correcta interpretación de la ley".

Así, en la tradición jurídica anglosajona las partes se ven compelidas a señalar la causa de la acción que intentan y a asistir al tribunal en la aplicación de la ley mediante el desarrollo de argumentos legales.

Desde la perspectiva de los sistemas de tradición romana, la conocida máxima "iura novit curia" según la cual la decisión sobre la aplicación del derecho es materia reservada a los jueces, deja por un lado a las partes con el cargo esencial de probar los hechos y por el otro admite implícitamente la recaracterización de los hechos por los jueces y sustituir la elaboración legal de las partes por la propia.

3. *State Oil Co. v. Kahn*, 522 U.S. 3 (U.S. S.Ct. 1997) (Traducción propia del original en inglés)

4. BORN, Gary *International Commercial Arbitration*, Ed. 2009, Volters Kluwer, Vol I, página 1626 (Traducción propia del original en inglés)

5. LOWENFELD, Andreas *The Mitsubishi Case; Another View*. 2 *Arbitration Int'l* 178. 1976

6. BERGER, Klaus Peter, *The International Arbitrators' Application of Precedents* Kluwer Law International 1992, Volumen 9, N° 4, pp 5 a 22 (Traducción propia del original en inglés)

En cualquier caso, la expresión o la interpretación de la ley hecha por los tribunales competentes del país emisor de la ley es frecuentemente utilizada por los árbitros para resolver conflictos comerciales internacionales o en arbitrajes locales en los cuales el derecho extranjero invocado debe ser probado como un hecho.

Sin embargo, una de las diferencias sustanciales entre el juicio estatal y el arbitral, especialmente el arbitraje internacional, es la necesidad del árbitro de atender primordialmente la diversidad propia del comercio transnacional y la situación particular de las partes en la controversia.

En efecto, para decidir una disputa, un tribunal arbitral internacional se verá normalmente enfrentado con la aplicación o por lo menos con la consideración, de un amplio conjunto de reglas y principios legales. Dependiendo de las circunstancias, de la naturaleza del conflicto y de la aproximación que los árbitros hagan a su respecto, esas reglas y principios habrían de provenir de sistemas legales nacionales (por ejemplo, la ley aplicable según la decisión de aquéllos o el "Choice of Law" convencional) o de fuentes no nacionales, como la "lex mercatoria", los principios Unidroit o eventualmente reglas del derecho internacional.⁷

Tanto los jueces estatales como los árbitros acometen situaciones donde deben conocer la ley aplicable y sus disposiciones. Dado que los jueces del estado se suponen versados en el contenido de las leyes de su propia jurisdicción pero no en el de otras, los árbitros deberían tratar las cuestiones jurídicas presentadas en el arbitraje internacional del mismo modo en que aquellos jueces abordan el derecho extranjero.

En esta tesitura, la expectativa de las partes de un juicio arbitral en punto a obtener una decisión predecible, razonada y justa de la controversia, se presenta adecuadamente abastecida por la consistencia del laudo con la doctrina judicial establecida por los jueces del estado emisor de la ley aplicable.

Sin embargo, esta premisa dista mucho de ser absoluta, pues nuevamente se presentan las diversidades "culturales" de los sistemas jurídicos continental y anglosajón, en los cuales la jurisprudencia tiene un peso específico diametralmente opuesto.

Siguiendo la recomendación de la Conferencia ILA de Río de Janeiro (referida en la nota 7) en punto al abordaje arbitral de las cuestiones jurídicas como si fueran "derecho extranjero", los árbitros están llamados inicialmente a ubicar la contienda en alguno de los dos sistemas en orden a ponderar aquel peso específico de la jurisprudencia en la formación del derecho aplicable.

En un caso tratado bajo la tradición jurídica del derecho civil, el tribunal arbitral se entiende investido de las facultades necesarias para establecer la ley aplicable y sus disposiciones, incluso en cuando al derecho extranjero. En el otro extremo, una contienda que transcurre en la comarca del derecho anglosajón supone un tribunal arbitral que debe colocarse en una posición equidistante con respecto a la iniciativa de las partes en la acreditación del derecho y de sus alcances, lo cual incluye naturalmente a la jurisprudencia.

3. Precedentes incompatibles o contradictorios

La complejidad de las relaciones humanas y sus conflictos conllevan diversidad en las soluciones. Rara vez una controversia es igual a otra y éstas no existirían si hubiera una respuesta definitiva a un determinado problema jurídico.

Las leyes prohíben inherentemente una variedad de soluciones interpretativas, coloratura que se incrementa notablemente en los conflictos internacionales o transnacionales en los cuales la solución judicial vernácula –aun la estable y "pacífica"– es incompatible con aquella característica de la controversia.

De allí que los árbitros se encuentren con soluciones jurídicas deparadas por los tribunales del estado a conflictos locales –con la consiguiente pacífica interpretación de la ley– que se presentan incompatibles o inequitativas cuando una de las partes de la controversia no es nacional del país emisor de la jurisprudencia o ésta ha tenido una evolución que no pudo ser razonablemente considerada al pactar la ley aplicable.

La Convención de Nueva York de 1958 (sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros) no computa el "error de derecho" como causal de desconocimiento o de denegatoria de la ejecución de un laudo dentro del catálogo del artículo V, con lo cual una decisión arbitral

7. Véase INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA) 2008 Report on the Río de Janeiro Conference on International Commercial Arbitration

contraria, por ejemplo, a la jurisprudencia constante del derecho civil o eventualmente al "stare decisis" del common law, sólo podría ser dejada sin efecto por anulación del laudo en el país de su pronunciamiento.⁸

Como síntesis de esta parte del análisis, es razonable concluir que en un arbitraje internacional el tribunal arbitral debe aplicar e interpretar la ley aplicable procurando en la medida de lo compatible con el fondo del asunto, seguir la jurisprudencia predominante del tribunal competente del país de origen de esa ley, en la medida que pueda establecerse que las partes pudieron haber tenido en cuenta esos precedentes durante la formación o la ejecución del contrato.

4. Jurisprudencia invocada por las partes

Es habitual en los arbitrajes –como lo es en los juicios ante los tribunales del estado– que ambas partes invoquen precedentes judiciales en sustento del análisis jurídico que presentan con respecto a los hechos.

¿Están obligados los tribunales arbitrales a considerar esos precedentes en homenaje al principio de congruencia?

Estimo una respuesta negativa al interrogante, sin desmedro sobre lo que trato más adelante con respecto a la investigación jurídica del propio tribunal arbitral.

Los tribunales arbitrales, en cualquiera de los sistemas jurídicos occidentales, están imbuidos de la facultad de interpretar el derecho aplicable – aun cuando se aproximen a éste como "derecho extranjero"– con independencia de los planteos de las partes y éstos puedan incluso ser coincidentes.

El origen contractual del arbitraje debe ser necesariamente balanceado con la obligación de los árbitros de resolver el conflicto mediante la aplicación de la ley. En esta tesitura, cabe distinguir aquello que los árbitros pueden hacer desde su autoridad inherente, de aquello que deberían hacer como adecuada práctica y de cuanto están obligados a hacer, en cumplimiento de su deber legal y contractual.

La especificidad propia del arbitraje internacional permite y eventualmente impone a los árbitros avanzar allende lo que habría resuelto un juez local aplicando derecho local e ignorar aun la pacífica jurisprudencia relacionada si el resultado no conforma las prácticas o necesidades del comercio internacional. Pero esta facultad ha de ser ejercida asegurando el apoyo de la doctrina o con la cita de decisiones de jueces locales que, aunque en una posición minoritaria o solitaria, hubieran abordado la cuestión jurídica.

Para los árbitros en contiendas internacionales, es irrelevante si el precedente judicial es legalmente o fácticamente vinculante en la medida que encuentren razones legítimas para desviarse de la doctrina sentada sin con ello conforman, por ejemplo, los usos del comercio internacional.

El acuerdo de las partes sobre la aplicación de un sistema nacional basado en el "common law" tampoco conlleva, a mi entender, la adhesión del árbitro a la construcción jurídica del derecho originada en las cortes locales, siempre que el producto del razonamiento sea compatible con el intercambio internacional. Los litigantes no esperan de los árbitros una aplicación mecánica de doctrinas judiciales prevalecientes ajenas al contexto económico de la transacción en disputa. Como expresa Aden⁹, "quien elige un determinado sistema legal para regir el contrato, no supone ciertas soluciones previsibles a los problemas que podrían surgir bajo el contrato; en lugar de ello, supone un balance de posibles soluciones que son propias de ese sistema legal y proveen la solución correcta para los problemas legales que surgirán del contrato".

Una cuestión adicional se presentaría si las partes hubieran acordado la aplicación de una determinada jurisprudencia o doctrina legal a la controversia actual o futura. Si bien parece una hipótesis rara para la práctica del arbitraje, entiendo que si el árbitro acepta el cargo bajo esta peculiar premisa, se encontraría obligado a expedirse dentro la comarca convencional a fin de no incurrir en un exceso (extra o ultra petita) determinante de la nulidad del laudo.

8. Los tribunales federales norteamericanos, a partir de fallo de la Corte Suprema en *Hall Street Associates v. Mattel Inc.*, 128 S. Ct. 1396 (2008) han restringido considerablemente la anulación de laudos arbitrales dictados bajo la Federal Arbitration Act, bajo la causal de "manifiesta ignorancia de la ley" (manifest disregard of the law).

9. (R. der Internationalen Wirtschaft 1984 p. 934) Citado por BERGER, vid, Nota 6

5.- Doctrina "errónea" y exceso de jurisdicción

La frustración de las expectativas de las partes en cuanto a la aplicación del derecho por los árbitros no constituye, en principio, una causal de anulación o de denegación de la ejecución de un laudo, en tanto prevalece una interpretación restrictiva en los principales foros judiciales con respecto a las facultades de revisión laudos por los tribunales estatales cuando se trata de errores de derecho.

El principio "finalista" del arbitraje –en el sentido de que el laudo pone fin al conflicto y excluye la jurisdicción del estado– ha evolucionado notablemente en los últimos años para dar paso a una mayor deferencia judicial hacia el instituto, que es en definitiva el producto de la autonomía de la voluntad.

El error de derecho como causal de anulación de un laudo arbitral, ha sido recientemente tratado por el Comité de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

En efecto, en septiembre de 2002, Sempra Energy inició un proceso arbitral contra la República Argentina¹⁰ alegando la violación un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) y que mediante la legislación de emergencia de aquel país se había expropiado tanto directamente como indirectamente su inversión en contravención de la protección otorgada por el Artículo IV del TBI.

La República Argentina invocó que las regulaciones de emergencia resultaron imprescindibles ante la gravísima situación del contexto económico del país y fueron dictadas bajo un estado de necesidad verificable tanto en los términos del artículo XI del TBI como en los reconocidos por la costumbre internacional.

El Tribunal concluyó en el laudo dictado el 28 de septiembre de 2007, que la República Argentina había incurrido en incumplimiento de las mencionadas obligaciones asumidas respecto de la inversión protegida por la cláusula paraguas del Artículo II(2)(c) del TBI.

Sin embargo, al año siguiente el Comité de Anulación del CIADI anuló el laudo en *Sempra*. Si bien el Comité examinó varias causales de nulidad, desestimó todas salvo aquella vinculada con el exceso de jurisdicción en el que subsumió al "error de derecho". En el caso, consideró que el tribunal arbitral, al haber interpretado el TBI a la luz de una norma del derecho consuetudinario¹¹, excedió sus facultades y ello determinó, a juicio del panel revisor, la nulidad total del laudo de setiembre de 2007.

Lo notable de esta decisión en cuanto interesa al propósito de este trabajo, es que el Comité anulador no sólo introdujo la novedad –técnicamente objetable– de equiparar un supuesto error de apreciación jurídica con el exceso de la jurisdicción arbitral convencional sino que contradujo su propia doctrina en un caso similar.¹²

Unos meses antes, en *CMS* había sostenido que *el Tribunal ciertamente debió haber sido más explícito y especificar, por ejemplo, que las mismas razones que impedían a Argentina asilarse en el derecho general de necesidad implicaban que las medidas que había adoptado tampoco podían ser consideradas "necesarias" para los efectos del Artículo XI*.¹³

Señaló también que los árbitros habían cometido dos graves errores de derecho, uno al analizar el estado de necesidad invocado por la República Argentina bajo el prisma del artículo 25 de la normativa sobre responsabilidad de los Estados (derecho consuetudinario) y otro al asumir que éste y el artículo XI del TBI tienen un mismo fundamento.

Sin embargo, el mismo Comité, enfrentando los mismos argumentos, no había considerado al mismo "error de derecho" como una hipótesis de extravío jurisdiccional.

Estas circunstancias, además de poner en tela de juicio la utilidad del Comité de Anulación previsto en el Reglamento del CIADI –que no parece poder siquiera a fijar una doctrina para casos análogos– agregan una razón más para conferir a los árbitros, en contiendas comerciales internacionales, la

10. *Sempra Energy International (Demandante) c. República Argentina (Demandada/Solicitante) (Caso CIADI No. ARB/02/16) Sobre el tema, véase GUAIA, C. El error de derecho como exceso de jurisdicción. (Doctrina Judicial LA LEY Buenos Aires, Año XXVI, N°. 35, p. 2355)*

11. El Tribunal Arbitral se había referido a la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 28 de enero de 2002. Anexo sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

12. *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* Caso CIADI No. ARB/01/8

13. Párrafo 125 de la decisión de anulación del 25 de septiembre de 2007

mayor discrecionalidad a la hora de discernir e interpretar el derecho aplicable.

6.- Los precedentes arbitrales

La "jurisprudencia arbitral" constituye para los usuarios del instituto –árbitros, abogados y partes– algo similar a una paradoja. El arbitraje transcurre por lo general inmune a su propia divulgación –es una de las razones de su existencia y suceso– y por ende no podría ser adecuadamente verificable al punto de abastecer colecciones de laudos o de aparejar interpretaciones legales consolidadas o prevalecientes.

Sin embargo, el creciente número de arbitrajes que se desarrollan en el mundo, el trabajo de las instituciones arbitrales en cuanto a la divulgación administrada de los laudos que aprueban y la deferencia que los tribunales estatales confieren a las decisiones arbitrales que deben revisar, han contribuido a la generación de ideas y conceptos que componen una fuente de conocimiento para la comunidad profesional, similar a la dispensada por la labor de jueces del estado, especialmente cuando un laudo adquiere la dimensión de un "leading case", como es el caso CCI *Dow Chemical*, fundado a su vez sobre la base de otras decisiones arbitrales de la misma institución.¹⁴

Como los fallos judiciales, los laudos arbitrales no tienen la misma categoría técnica y por ende la jerarquía de autoridad. La reputación académica o profesional de los componentes del tribunal arbitral es naturalmente variable y su composición es muchas veces desconocida para el lector del laudo, si es que éste fue publicado.

En general, la doctrina está conteste en que los árbitros pueden valerse de laudos arbitrales –incluso no publicados– en momento de sostener sus conclusiones fácticas o jurídicas sobre los méritos de la causa o en cuestiones de procedimiento. Se discute no obstante si los árbitros están obligados a poner a las partes en conocimiento de las fuentes del soporte argumental que tienen en consideración, postura que estimo impertinente, dado que las fuentes de inspiración o argumento de los laudos no forma parte de la controversia sino de su solución y ello es resorte exclusivo de los árbitros.

Esta conclusión requiere con todo algunas advertencias con respecto a los precedentes que los árbitros incorporan a su construcción del derecho aplicable, materia del siguiente acápite.

7.- Jurisprudencia invocada por los árbitros

El conocido principio *iura novit curia* tiene su "motto" complementario en *da mihi facta, dabo tibi ius* (dame los hechos y te doy el derecho) para marcar la clara diferencia entre la parte y el juez en cuanto a las facultades de éste para discernir la ley aplicable y aplicarla al caso

Nuevamente es menester volver sobre la diferencia cultural entre los sistemas romano y anglosajón. En el primero, los árbitros y jueces poseen sobre el discernimiento del derecho una facultad omnimoda que ejercen sin reparar en las alegaciones de las partes al respecto, a las cuales ni siquiera están compelidos a evaluar, pudiendo recharacterizar los hechos según lo entiendan pertinente.

En el sistema anglosajón, el derecho aplicable en el arbitraje internacional se construye a partir de un proceso de adversarios, en el cual cada una de las partes puede hacer valer sus elucubraciones jurídicas y el árbitro debe, como mínimo, tenerlas en cuenta al decidir la cuestión planteada.

El punto a tratar ahora consiste en develar si los árbitros deben o es aconsejable que procuren interactuar con las partes en el proceso de discernimiento de la ley aplicable. ¿Es correcto que el tribunal arbitral sorprenda a los litigantes con la invocación relevante de una decisión judicial o arbitral que no fue invocada (o es desconocida) por aquéllas?

Hay, como siempre, posturas contrapuestas.

En 1989, la Corte de Apelaciones de París decidió que el debido proceso arbitral no impone a los árbitros internacionales la obligación de compartir con los litigantes laudos arbitrales no publicados y tenidos en cuenta en la solución del caso. La corte sostuvo su decisión en que los árbitros internacionales, como los jueces del estado, gozan de libertad para elegir las fuentes a las que quieren referirse para decidir en la disputa.¹⁵

El Tribunal Federal Suizo se ubicó en la posición

14. ICC Award N° 4131, YCA 1984, página 131. Se trata del caso que habilitó a los árbitros a incluir en el juicio a terceros no signatarios del acuerdo de arbitraje.

15. Cour d'appel de Paris, 14 de febrero de 1989. *Société Ofer Brothers v. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co.* (RdA 1989 pp. 695 a 697)

contraria al sostener que un laudo arbitral puede ser dejado sin efecto si las partes no tuvieron la oportunidad comentar sobre los argumentos legales aplicados por el tribunal arbitral, al menos aquellos argumentos que no eran previsibles.¹⁶

Si bien los principales reglamentos arbitrales guardan silencio sobre el punto¹⁷, las reglas de London Court of International Arbitration (LCIA) imponen a los árbitros oír a las partes para:

(c) realizar las indagaciones urgentes o necesarias –según el Tribunal Arbitral– y determinar y delimitar la autorización del Tribunal Arbitral para identificar de oficio los hechos, leyes y normas aplicables relevantes para el arbitraje, para el fondo del asunto y para el convenio arbitral;¹⁸

En las conclusiones y recomendaciones emitidas por la ILA (Véase Nota 7), la cuestión en debate transita el camino del debido proceso, con la jerarquía u consecuencias que le son propios.

En este contexto, si bien el concepto de “debido proceso” es elástico e impreciso, los árbitros deben respetar reglas esenciales de equidad procesal, entre las que se identifica, acaso primordialmente, el derecho de las partes a tener una oportunidad de ser oídas en cuestiones relevantes de la disputa.

“[...]Este principio podría ser invocado si, al determinarse el contenido de la ley aplicable, los árbitros “toman a las partes por sorpresa” mediante la aplicación de una regla o principio que no había sido invocado por las partes, que éstas no pudieron prever que sería aplicado o con respecto a la relevancia de la cual ellas no tuvieron suficiente oportunidad de expresar su posición”.¹⁹

8.- Epílogo

La discusión acerca de si la jurisprudencia es o no fuente del derecho, encuentra posturas de antípoda en militantes de ambos sistemas jurídicos, el romano y el anglosajón. No lo resolveremos aquí.

En cualquier caso, es dable coincidir en que los precedentes (judiciales o arbitrales) comportan

una indiscutible fuente de inspiración para quienes invocan o deciden el derecho y aportan una porción notable del razonamiento jurídico, del mismo modo en que lo hace la doctrina.

Las conclusiones que permiten estas rápidas líneas indican que los árbitros, decidiendo en el contexto de ambas filosofías jurídicas, están facultados para seguir o para apartarse de la jurisprudencia predominante en el país emisor de la ley aplicable, en la medida que tales temperamentos conduzcan a aplicar esa misma ley en términos que las partes pudieron razonablemente predecir.

También es dable rematar en que los árbitros no están obligados a seguir la construcción jurídica que proponen las partes. Antes bien, están compelidos a pronunciarse con sujeción a la ley cuyo rigor aceptaron. La función jurisdiccional de los árbitros, que sustituye legalmente a la de los jueces del estado, no es diferente a la de éstos en cuanto a su capacidad para discernir cuestiones jurídicas.

Finalmente, los árbitros están habilitados –y eventualmente obligados– a llevar a cabo indagaciones jurídicas, que incluyen el análisis de la jurisprudencia, en punto a establecer y aplicar el derecho según la convención arbitral.

Estas indagaciones, si bien son privadas para el tribunal (o para uno de los árbitros solamente) no deberían constituir el fundamento de una solución sorprendente o exorbitante, sin que las partes hubieran tenido la oportunidad de expedirse.

16. Swiss Federal Tribunal, March 2, 2001, ASA Bulletin 2001, 531

17. En un arbitraje CCI en el que el autor participó como co-árbitro, la Secretaría sugirió la supresión en el proyecto de laudo de un fallo publicado de un tribunal superior del país cuya ley era aplicable, por cuanto no había sido tenido en cuenta por ninguna de las partes. El fallo no fue suprimido.

18. London Court of International Arbitration. Rules of Arbitration (22.1 (c)) (versión oficial en español)

19. Id. Nota 7