

Cuestiones claves del arbitraje internacional

Emmanuel GAILLARD
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
(Directores)

biblioteca de derecho de la globalización - CEDEP
Colección Textos de Jurisprudencia - Universidad del Rosario

biblioteca de derecho de la globalización - CEDEP

Directores

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO - José Antonio MORENO RODRÍGUEZ

Comité Científico

Jean-Michel ARRIGHI (Washington)	Erik JAYME (Heidelberg)
Bernard AUDIT (París)	Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (Ginebra)
Jürgen BASEDOW (Hamburgo)	Herbert KRONKE (Heidelberg)
Geneviève BASTID-BURDEAU (París)	Claudia LIMA MARQUES (Porto Alegre)
George A. BERMANN (Nueva York)	Hans VAN LOON (La Haya)
Michael Joachim BONELL (Roma)	Ricardo L. LORENZETTI (Buenos Aires)
Andrea BONOMI (Lausana)	Djamshid MOMTAZ (Teherán)
Nuria BOUZA VIDAL (Barcelona)	Rui Moura RAMOS (Coimbra)
Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE (La Haya)	Horatia MUIR WATT (París)
Yves DAUDET (París/La Haya)	Yuko NISHITANI (Fukuoka)
Yves DERAIS (París)	María Blanca NOODT TAQUELA (Buenos Aires)
Franco FERRARI (Verona/Nueva York)	Didier OPERTTI BADÁN (Montevideo)
Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (Montevideo)	Arturo OROPEZA GARCÍA (México)
Henry S. GABRIEL (Nueva Orleans)	Pilar PERALES VISCASILLAS (Madrid)
Emmanuel GAILLARD (París)	Leonel PEREZNIETO CASTRO (México)
Alejandro M. GARRO (Nueva York)	Luiz Otávio PIMENTEL (Florianópolis)
H. Patrick GLENN (Montreal)	Mónica PINTO (Buenos Aires)
Roy GOODE (Oxford)	Luca RADICATI DI BROZOLO (Milán)
Horacio GRIGERA NAÓN (Washington)	Julio César RIVERA (Buenos Aires)
Ronald HERBERT (Montevideo)	Roberto RUIZ DÍAZ LABRANO (Asunción)
Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN (Caracas)	Jorge SÁNCHEZ CORDERO (México)
Jean-Michel JACQUET (Ginebra)	Symeon SYMEONIDES (Salem)

Responsables de edición de la colección

Paula M. ALL

Caroline KLEINER

Juan Manuel VELÁZQUEZ GARDETA

Cuestiones claves del arbitraje internacional

Emmanuel GAILLARD
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
(Directores)

Autores

Rafael Francisco ALVES
Yas BANIFATEMI
Roque J. CAIVANO
Antonias DIMOLITSA
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
Emmanuel GAILLARD
João Bosco LEE
Fernando MANTILLA SERRANO
Luca G. RADICATI DI BROZOLO
Eduardo SILVA ROMERO

Asistente de edición

Lucie CHATELAIN



Colección Textos de Jurisprudencia



biblioteca de derecho
de la globalización

© 2013 Editorial Universidad del Rosario
© 2013 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2013 Emmanuel GAILLARD, Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, Rafael Francisco ALVES, Yas BANIFATEMI,
Roque J. CAIVANO, Antonias DIMOLITSA, João Bosco LEE, Fernando MANTILLA SERRANO, Luca
RADICATI DI BROZOLO, Eduardo SILVA ROMERO

ISBN: 978-958-738-328-7 (Rústico)

ISBN: 978-958-738-329-4 (Digital)

Primera edición: Bogotá, D. C., abril de 2013
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Rodigo Díaz Lozada
Diagramación: Martha Echeverry P.
Diseño de cubierta: Lucelly Anacondas
Impresión:
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 Tel: 297 0200 Ext. 7724
editorial.urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario

Cuestiones claves del arbitraje internacional / Rafael Francisco Alves y otros autores; directores Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo. — Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política. CEDEP. 2013.

282 p. (Colección Textos de Jurisprudencia Universidad del Rosario; biblioteca de derecho de la globalización – CEDEP)

ISBN: 978-958-738-328-7 (Rústico)

ISBN: 978-958-738-329-4 (Digital)

Derecho internacional / Arbitramento / Arbitramento internacional / Tribunales internacionales / Conflictos internacionales / Relaciones internacionales / I. Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política. Cedep / II. Alves, Rafael Francisco / III. Banifatemi, Yas / IV. Caivano, Roque J. / V. Dimolitsa, Antonias / VI. Lee, Joao Bosco / VII. Mantilla Serrano, Fernando / VIII. Radicati Di Brozolo, Luca G. / IX. Silva Romero, Eduardo / X. Gaillard, Emmanuel, director / XI. Fernández Arroyo, Diego P., director / XII. Chateain, Lucie / XIII. Título / XIV. Serie

341.522

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

del

Marzo 6 de 2013

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Cuestiones claves del arbitraje internacional	
Introducción	1
<i>Emmanuel GAILLARD / Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO</i>	
I. El auge del arbitraje	1
II. Las razones y objetivos de esta publicación	3
III. El contenido de este libro	4
IV. El libro y la evolución del arbitraje en América Latina	8
 Las representaciones del arbitraje internacional	 11
<i>Emmanuel GAILLARD</i>	
I. Introducción	11
II. La noción de representación y su aplicación al arbitraje internacional	13
III. Tres representaciones del arbitraje internacional	17
IV. El ordenamiento jurídico arbitral	21
 La selección del árbitro y su obligación de independencia	 33
<i>Fernando MANTILLA-SERRANO</i>	
I. Introducción	33
II. La selección del árbitro	34
III. La independencia del árbitro respecto de las partes	40
IV. La independencia del árbitro respecto de los abogados de las partes	47
V. Comentarios finales	53
 La “extensión” de la cláusula compromisoria a los no signatarios	 55
<i>Antonias DIMOLITSA</i>	
I. Introducción	55
II. La referencia circunstancial por parte de los árbitros a la existencia de consentimiento	56

III. Una paradoja judicial sobre la existencia del consentimiento: el caso <i>Dallab</i>	70
IV. Conclusión	79
La regla de prioridad: ¿una prioridad en América Latina?	81
<i>Yas BANIFATEMI</i>	
I. Introducción	81
II. La doble dimensión del principio de competencia-competencia	83
III. La regla de prioridad temporal en América Latina	87
IV. Conclusión	108
Arbitraje y medidas cautelares en Latinoamérica	111
<i>João Bosco LEE / Rafael Francisco ALVES</i>	
I. Introducción	111
II. El poder del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares	113
III. Las medidas cautelares y las relaciones entre los tribunales arbitrales y el Poder Judicial	120
IV. Conclusiones	132
La renuncia a los recursos	133
<i>Roque J. CAIVANO</i>	
I. Introducción: la interacción entre el arbitraje y el Poder Judicial	133
II. Funciones judiciales de apoyo	136
III. Funciones judiciales de control sobre el arbitraje	140
IV. La renuncia a los recursos contra el laudo	143
V. Conclusión	163
De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas	165
<i>Eduardo SILVA ROMERO</i>	
I. Introducción	165
II. De la confidencialidad implícita a la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial internacional	169
III. De la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial internacional a la transparencia implícita en el arbitraje internacional de inversiones	178
IV. Conclusión	187

Las normas imperativas y el arbitraje internacional	189
<i>Luca G. RADICATI DI BROZOLO</i>	
I. La prevalencia de la autonomía de las partes en la legislación contemporánea de arbitraje: ¿Un lugar para las normas imperativas?	189
II. La arbitrabilidad de las normas imperativas	192
III. La revisión por parte de los tribunales de los laudos arbitrales que aplican normas imperativas en los procedimientos de nulidad y de ejecución	194
IV. Los árbitros y las normas imperativas	212
V. Conclusión	221
 Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral	 225
<i>Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO</i>	
I. Introducción	225
II. ¿Existe la doctrina del precedente en el arbitraje?	231
III. ¿Pueden tenerse en cuenta los precedentes en el arbitraje?	240
IV. ¿Deberían tenerse más en cuenta los precedentes en el arbitraje?	251
V. Comentarios finales	261
 Abreviaturas	 263

Cuestiones claves del arbitraje internacional

Introducción

Emmanuel GAILLARD / Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO

I. El auge del arbitraje

En las últimas décadas, el arbitraje se ha convertido en el mecanismo de solución de controversias ordinario para una enorme cantidad de relaciones jurídicas internacionales, yendo desde las más simples transacciones comerciales a las más complicadas relaciones entre inversores y Estados. De una u otra manera, con diferentes grados de activismo y de institucionalidad, con entusiasmo o a regañadientes, el arbitraje internacional se ha instalado como una opción válida para resolver los litigios y, en ciertos contextos, como la opción preferida. De los varios factores que cooperaron para que fuera posible alcanzar este auge, al menos relativo, del arbitraje, tal vez ninguno de ellos tenga relación con las ventajas predicadas en muchos libros sobre la materia.

Así, la idea tantas veces repetida de que el arbitraje vendría a solucionar ciertos problemas inherentes a la justicia estatal parece desmentirse por la fácil constatación que muestra que el arbitraje se ha desarrollado más y mejor en países en los cuales los tribunales judiciales funcionan razonablemente bien. Piénsese en los casos de Francia, el Reino Unido o Suiza. Lo que sucede en realidad es que el arbitraje es un mecanismo específico para la solución de controversias, especialmente apropiado para muchas de ellas, que aunque tiene lugar fuera del aparato judicial se relaciona de diferentes maneras con el. No debe ser visto en modo alguno como una opción ante (ni, peor, contra) la justicia estatal. Si contra algo compite el arbitraje es contra sí mismo.

Parece, en cambio, que lo que ha resultado decisivo para el desarrollo del arbitraje es la confluencia de la actividad de los actores del comercio internacional y sus organismos representativos, por un lado, y de las organizaciones internacionales y los Estados, por otro. Los primeros vieron en el arbitraje un medio para optimizar sus operaciones comerciales, sobre la base esencial

de una ecuación costos / beneficios respaldada por un despliegue tan notable como efectivo de la autonomía de la voluntad. Los poderes públicos, por su parte, facilitaron el soporte normativo, convencidos, aparentemente, de los efectos positivos del arbitraje tanto sobre la marcha de los negocios como sobre la buena administración de justicia. En este sentido, es evidente el rol primordial desempeñado por las Naciones Unidas a través de la CNUDMI, dentro de la cual, en realidad, si bien los Estados (como en toda organización internacional) tienen un papel fundamental, se produce una acusada interacción entre éstos y los actores no estatales.

Tomemos, por ejemplo, el sistema simple y expedito para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales previsto en la Convención de Nueva York de 1958. Podremos observar que no sólo tiene un número récord de Estados partes (cerca de ciento cincuenta), sino que además en muchos de esos Estados los requisitos (mínimos) para la eficacia del laudo se aplican también a los que provienen de países que no son partes de la Convención, ya sea porque no se ha hecho la reserva al carácter universal del mismo autorizada en su artículo I.3, o porque dichos requisitos han sido trasplantados a la legislación interna, así como a otros instrumentos internacionales. A esto hay que añadir que el propio texto de Nueva York autoriza la aplicación regímenes menos rigurosos en su artículo VII.1.

Otro tanto puede decirse de la Ley Modelo, que ya ha sido adoptada (en su versión original de 1985 o en la modificada en 2006) en más de sesenta países de todos los continentes y a cuyas disposiciones se les reconoce valor referencial incluso en países que no la han adoptado. Todo esto demuestra que, aun cuando siguen y seguirán habiendo diferentes reglamentaciones positivas concretas en materia de arbitraje y aunque los instrumentos internacionales pueden implementarse e interpretarse con matices más o menos significativos, la comunidad internacional coincide desde hace ya tiempo en reconocer la legitimidad y la efectividad del poder conferido a los árbitros mediante el acuerdo de voluntades de las partes de una controversia. Dicho de otra manera, lo que es objeto de discusión es el alcance de dicho poder, sus límites y las diferentes formas que reviste la interacción entre los árbitros y los poderes públicos; no la razón de ser del arbitraje.

Sin embargo, como casi siempre sucedió con las instituciones políticas y jurídicas que ocuparon un lugar primordial en determinado contexto histórico, arribar a un elevado grado de desarrollo e influencia (cuando no de

preeminencia) suele implicar, paradójicamente, la generación de riesgos para el mantenimiento y hasta para la propia supervivencia de dichas instituciones. El arbitraje no está exento del peligro de morir de éxito. El único antídoto eficaz para ello estriba en seguir cuestionándose acerca de sus virtudes y defectos, en analizar cuidadosamente todos los fenómenos que se producen en torno al mismo, corrigiendo las inequidades y las desviaciones que puedan comprometer su legitimidad y su eficacia. Pese a su aceptación y su auge, o precisamente a causa de ellos, el arbitraje debe reinventarse permanentemente y huir del discurso autocomplaciente que pretende hacer de él el único mecanismo válido para la solución de las controversias jurídicas internacionales, como si los demás sólo pudieran dar como resultado una justicia de menor calidad.

II. Las razones y objetivos de esta publicación

Los motivos anteriores y no otros constituyen la justificación fundamental que nos llevó a pergeñar la presente publicación. El hecho de que existan muchos libros buenos sobre arbitraje no implica que no sea necesario volver a pensar sobre sus cuestiones claves. Justamente, decidimos no elaborar un manual siguiendo la estructura tan clásica como lógica que va desgranando todos y cada uno de los elementos del arbitraje en una secuencia cronológica. Eso está hecho y muy bien hecho.

Preferimos, en cambio, aplicarnos a detectar las más determinantes de esas cuestiones a partir de la observación de la práctica arbitral puesta en relación con las más recientes novedades normativas (de todos los niveles: reglamentos y otros instrumentos de instituciones privadas, instrumentos elaborados por organizaciones internacionales, legislaciones estatales), decisiones arbitrales y judiciales, y discusiones doctrinales. Después de largas y ricas discusiones, llegamos a identificar las que ahora se presentan. Queda para el lector el trabajo de discutir y matizar cada una de ellas poniéndolas en relación con las particularidades de cada manifestación concreta del arbitraje internacional (arbitraje comercial, arbitraje de inversiones, etc.), más allá de que los autores realicen o no en cada caso las distinciones específicas.

Estamos persuadidos de que en un panorama atiborrado de noticias y comentarios sobre las novedades del arbitraje, sean éstas referidas a nuevas legislaciones, a laudos, a decisiones judiciales o a los múltiples eventos y concursos que se producen sin cesar, por no mencionar la cada vez más activa prensa rosa en la materia, resulta imperioso hacerse un momento para pensar

y repensar en las cuestiones esenciales del arbitraje. La reflexión se hace indispensable porque el arbitraje, como si siguiera un mandato bíblico, no para de crecer y multiplicarse, generando en esa vorágine todo tipo de reacciones, desde el entusiasmo militante más incondicional hasta la crítica principista menos fundamentada.

En muchísimos casos (afortunadamente no en todos) tanto entusiastas como críticos se aferran a cuestiones puntuales difícilmente extrapolables o toman acontecimientos producidos en un contexto específico y acotado como indicadores de una situación general, sin advertir que ésta ya cambió o está cambiando a pasos agigantados. Unos y otros suelen rasgarse las vestiduras por lo que consideran, respectivamente, retrocesos inexplicables o avances inadmisibles.

Este libro, en cambio, contiene reflexiones de fondo que trascienden la simple noticia de un nuevo instrumento (por importante que pueda ser) o de la última decisión. No pretende descubrir nada, sino mostrar una visión —o, mejor dicho, varias visiones— del estado actual del arbitraje, de sus perspectivas de evolución y de las razones para aquél y para éstas. La aclaración referida a la variedad de las visiones no es antojadiza. Antes al contrario, incluso el lector menos atento podrá apreciar sin demasiado esfuerzo que los capítulos que componen esta obra ofrecen en más de una ocasión una pluralidad de puntos de vista o, cuando menos, acentos diferentes que no hacen sino reflejar la riqueza del debate en ciernes sobre cada una de las cuestiones tratadas. Nada más lejos de nuestro ánimo que llevar a cabo una tarea “evangelizadora” acerca de supuestas o reales bondades innatas y beatíficas del arbitraje. No siendo ese nuestro cometido, no existe razón alguna para simular una concepción monolítica del arbitraje, que no existe ni tiene por qué existir.

III. El contenido de este libro

La primera de las cuestiones abordadas consiste, ni más ni menos, en repensar la esencia del arbitraje a través del análisis de las “representaciones” posibles de este mecanismo para la solución de controversias: la que concibe al arbitraje como un componente del ordenamiento jurídico del Estado sede del arbitraje, con la consecuente sujeción de los árbitros, del procedimiento arbitral y de los laudos dictados por aquéllos a dicho ordenamiento y a dicha jurisdicción; la que postula que el Estado de la sede comparte su poder sobre el arbitraje con los Estados en los cuales la decisión arbitral debe surtir efectos, visión más “cosmopolita”

que asume que todos los ordenamientos que de alguna manera se vinculen con un arbitraje pueden legítimamente pronunciarse acerca de la validez y eficacia del laudo arbitral; y, por último, la que afirma la existencia de un “orden jurídico arbitral transnacional”, basada en el entendimiento que el Estado, sea sólo el de la sede o sean los diferentes Estados vinculados con el arbitraje, no es la referencia esencial, desde el momento en que los árbitros no imparten justicia en nombre de ellos, sino “al servicio de la comunidad internacional”.

Aunque el autor del capítulo respectivo (Emmanuel Gaillard) adscribe claramente a la última representación, lo verdaderamente importante de su planteo no es su posición personal, sino las posibilidades que ofrece para justificar los fundamentos del poder de los árbitros, así como las diferentes consecuencias prácticas que se pueden producir en relación con diversos aspectos del arbitraje según se adopte una u otra de dichas representaciones. Muchas de las disquisiciones que se desgranán en los capítulos siguientes expresan, aun sin mencionarlo, la oportunidad de este análisis.

Una cuestión clave de gran actualidad en el arbitraje internacional es la referida a las cualidades y la conducta de los árbitros, sobre las cuales reposa en gran medida, tanto en sentido institucional como funcional, la credibilidad del arbitraje. En su dimensión individual, la credibilidad se manifiesta en la confianza que una persona puede provocar entre los usuarios del arbitraje o las instituciones arbitrales para ser nombrado árbitro. En su dimensión colectiva, la credibilidad se relaciona con el prestigio del arbitraje en cuanto mecanismo para la solución de diferendos y tiene mucho que ver con la percepción que se tiene en general de los árbitros y del arbitraje y, al fin de cuentas, con su misma legitimidad. Obviamente, la independencia y la imparcialidad de los árbitros, junto con su profesionalismo, interesan en ambas dimensiones.

En términos generales, la imparcialidad parece más importante que la independencia. El problema es que aquélla es muy difícil de constatar debido a su carácter esencialmente subjetivo. Es por eso que la independencia se convierte en una suerte de índice objetivo para impedir la parcialidad. Fernando Mantilla Serrano desmenuza los inconvenientes que se encuentran en la utilización de dicho índice y brinda varias claves a tener en cuenta al escrutar las relaciones de los árbitros con las partes y con sus abogados.

Los dos capítulos siguientes se ocupan de la dinámica del acuerdo de arbitraje en sus dos facetas que más interés despiertan actualmente: la extensión del acuerdo de arbitraje a los no signatarios y el efecto negativo de la

competencia-competencia. La primera viene al caso para insistir en que las diferentes visiones de la misma cuestión arbitral no son una excentricidad de los autores reunidos en este libro, sino que a menudo están enraizadas en las distintas tradiciones jurídicas, lo cual se refleja en algunas sentencias judiciales. Eso es lo que sucede respecto de la sensible cuestión tratada por Antonias Dimolitsa, la cual gira en torno de la existencia misma del consentimiento para someterse a arbitraje.

La segunda representa uno de los hitos de la evolución del arbitraje moderno, que ha supuesto una salvaguarda eficaz contra el bloqueo indebido del procedimiento arbitral en todos los países en los que tal efecto negativo se ha consolidado en la práctica. En algunos de ellos, la interpretación dada a ciertas nociones procesales particulares ha dificultado la afirmación de este principio esencial, incluso después de su consagración positiva, como lo pone de relieve Yas Banifatemi en relación con algunos países latinoamericanos.

Aunque no se trata de una cuestión que se plantea en todos los arbitrajes, el problema de la adopción de medidas cautelares por los árbitros es también de crucial importancia. El reconocimiento de dicho poder es producto de una larga evolución no exenta de profundos cuestionamientos. No por azar este tema constituyó el motivo central de la reforma de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI, así como no es casual que una reforma materialmente tan acotada haya demandado tanto tiempo y tantas discusiones. Además, como en tantos otros casos, el hecho de que un Estado autorice legislativamente a los árbitros a dictar medidas cautelares no asegura una aplicación práctica satisfactoria, ya sea por insuficiencias propias de los textos legislativos, ya sea por las rígidas interpretaciones judiciales a que éstos son sometidos. João Bosco Lee y Rafael Francisco Alves se ocupan de esta cuestión, centrando su atención en lo que viene sucediendo en América Latina, donde los condicionamientos impuestos tradicionalmente a legisladores y jueces en esta materia tienden a despejarse.

Al igual que el problema que venimos de comentar, también el tema de los recursos en el arbitraje se desarrolla sobre la base de las definiciones que se hagan respecto de las relaciones entre el arbitraje y la justicia estatal. Todos los Estados tienen la facultad de establecer determinados mecanismos de “control” del arbitraje y de definir las modalidades según las cuales podrán o deberán ejercerse. Pero lo que no ha de escapar a ningún legislador avisado es que el brazo de tales mecanismos llegará tan lejos como llegue el poder jurisdiccional

del Estado. En otros términos, la efectividad del control del arbitraje, por muy aguerrido que dicho control pretenda ser, podrá ser sólo parcial o totalmente inexistente respecto del laudo arbitral que no necesite ejecutarse en el Estado que ejerce el control. Sobre esas premisas, Roque Caivano explica cómo y por qué se va extendiendo en el arbitraje internacional la tendencia a aceptar la renuncia a invocar alguna o todas las causales de nulidad en el país de la sede del arbitraje.

Muy diferentes a las anteriores son las preocupaciones de fondo suscitadas por la siguiente cuestión clave incluida en el libro, la referida a la confidencialidad del arbitraje. En efecto, aquí los problemas no parecen surgir de la consolidación de un principio, sino precisamente de su debilitamiento, cuando no directamente de su abandono. Según explica Eduardo Silva Romero, la confidencialidad se ha convertido en un problema de técnica contractual, lo que significa que el viejo dogma de la confidencialidad como elemento consustancial del arbitraje ya no es tan sólido e indiscutible y que si las partes quieren asegurarse ese beneficio deben realizar una cuidadosa profilaxis del caso.

Incluso, aunque lleguen a un acuerdo al respecto, las partes harán bien en saber que la confidencialidad pactada no tendrá carácter absoluto, al menos en la medida en que la transparencia de la actividad del tribunal arbitral se identifique como un bien necesario de ser salvaguardado. La discusión entonces se desplaza a la internalización de las actuales exigencias de transparencia y al aporte de ideas para evitar que dichas exigencias provoquen más problemas que los que pretenden solucionar.

En lo que se refiere a la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia, que la autonomía de la voluntad alcance su apogeo en el seno del arbitraje tiene una evidente razón de ser, toda vez que la existencia misma de todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, las cuales, además (al menos en la concepción moderna del arbitraje), tienen la facultad de pactar prácticamente todos sus aspectos. Reconocido a las partes el derecho de determinar el alcance de la controversia, de elegir los árbitros, el lugar del arbitraje y las particularidades del procedimiento arbitral y, sobre todo, el derecho de recurrir al arbitraje *ex aequo et bono*, sería contradictorio, por no decir absurdo, negarles la elección del Derecho aplicable al fondo. De tan lógica, esa cuestión no suscita ya ningún tipo de dudas y viene recogida en todas las reglamentaciones de arbitraje.

Los riesgos que podría generar, desde la perspectiva de los poderes públicos, el reconocimiento de tan amplias facultades a las partes en el arbitraje

internacional, serían contrarrestados, en cierto modo, por el alcance que brindan los árbitros a las normas imperativas. De este modo, además de conceder menos margen para la anulación del laudo, los árbitros estarían realizando una política proarbitraje enviando a los Estados un mensaje de que el arbitraje no se desentiende de las definiciones fundamentales de política legislativa adoptada por éstos. El problema, como bien lo señala Luca Radicati di Brozolo, pasa por la determinación de cuáles son las normas imperativas que los árbitros deben aplicar o tomar en consideración. El parámetro esencial consistiría, según nuestro parecer, en que la aplicación de tales normas no sea incompatible con los principios de orden público transnacional generalmente aceptados.

La última de las cuestiones claves individualizadas y analizadas en el libro es la que se ocupa de la elaboración de la jurisprudencia arbitral. Por rara que la expresión siga sonando en algunos oídos, de lo que se trata es de discutir si resulta conveniente y hasta imprescindible que los árbitros, más allá de toda obligación legal de hacerlo, tengan en cuenta las decisiones adoptadas sobre la misma cuestión por tribunales arbitrales anteriores. Lo que la práctica muestra es que en la medida en que los árbitros disponen de esa información, la tendencia es a tomarla cuidadosamente en consideración e incluso a reproducirla, con los matices necesarios, en el caso singular que les toca decidir. Para el autor de este capítulo (Diego P. Fernández Arroyo), se trata de una tendencia que debería potenciarse.

En efecto, a pesar de las dificultades a las que se enfrentan los árbitros para contribuir a la consolidación de una jurisprudencia arbitral, es evidente que ésta contribuye, en primer lugar, a un mayor índice de coherencia, lo cual es decididamente relevante dado el rol central desempeñado por el arbitraje en el panorama de los mecanismos para la solución de conflictos internacionales. Al mismo tiempo, el respeto al precedente redundaría en la generalidad de los casos en una mejora del Derecho arbitral, dado que las soluciones solventes tienden a imponerse sobre las injustas o defectuosas.

IV. El libro y la evolución del arbitraje en América Latina

Aunque, como pudimos ver, sólo dos capítulos focalizan deliberadamente su atención sobre América Latina, el idioma utilizado y el lugar de edición son indicios obvios que conducen a la identificación de la comunidad que es destinataria primordial (aunque no exclusiva) de esta publicación. El motivo de esta elección es que, a pesar de que las razones y objetivos descritos más arriba son

universales, en el sentido de que pueden aplicarse indistintamente a cualquier región del mundo, es en América Latina donde el arbitraje internacional ha experimentado la evolución más dramática y vertiginosa en las últimas décadas.

Si bien a la luz de múltiples datos históricos es difícil compartir la idea según la cual en esta región existió una hostilidad esencial e indiscriminada respecto del arbitraje internacional (el cual ha existido y se ha practicado siempre, incluso antes de las independencias de las naciones latinoamericanas), no caben dudas de que el enraizamiento de determinadas concepciones procesales importadas de Europa conspiró tradicionalmente contra la consolidación de la eficacia y la flexibilidad del arbitraje, características por antonomasia del arbitraje moderno. Esta situación ha cambiado abruptamente.

No sólo todos los Estados de la región se incorporaron a la Convención de Nueva York de 1958 y casi todos a la Convención de Panamá de 1975, sino que diecisiete de los veinte Estados latinoamericanos han adoptado a esta fecha legislaciones de arbitraje que, más allá de sus virtudes y defectos, tienen como denominador común (no sin matices) la ruptura con el formalismo exacerbado de la mencionada tradición procesal. Como resultado de este cambio, en varios países el arbitraje está experimentando una expansión difícil de imaginar pocos años atrás. Al mismo tiempo, la complicada relación con el arbitraje con participación estatal (pueda estrictamente considerarse como arbitraje de inversiones o no) ha colocado la impresionante evolución del arbitraje en su conjunto bajo el escrutinio público, sometiénolo a tensiones que en ocasiones tienen más que ver con generalizaciones inapropiadas de situaciones particulares más que con problemas estructurales.

En ese contexto, sobrecargado de novedades de última hora a menudo difíciles de descifrar y de digerir, nos parece que la reflexión sosegada sobre las cuestiones claves incluidas en este volumen puede constituir un aporte, ojalá útil, tanto a las discusiones actualmente en curso en varios países de la región en vistas a concretar o continuar la modernización del Derecho arbitral, como a la que tendría que darse respecto de la función que debe desempeñar el arbitraje en cuanto instrumento esencial de la gobernanza global. Si el libro sirve para enriquecer esos debates, brindando más y mejores argumentos en esta hora crucial a académicos y prácticos, a jueces, árbitros y responsables de instituciones arbitrales, a legisladores y funcionarios de organizaciones internacionales, habremos cumplido con creces nuestro cometido.

Cuestiones claves del arbitraje internacional

Emmanuel GAILLARD
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
(Directores)

biblioteca de derecho de la globalización - CEDEP
Colección Textos de Jurisprudencia - Universidad del Rosario

biblioteca de derecho de la globalización - CEDEP

Directores

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO - José Antonio MORENO RODRÍGUEZ

Comité Científico

Jean-Michel ARRIGHI (Washington)	Erik JAYME (Heidelberg)
Bernard AUDIT (París)	Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (Ginebra)
Jürgen BASEDOW (Hamburgo)	Herbert KRONKE (Heidelberg)
Geneviève BASTID-BURDEAU (París)	Claudia LIMA MARQUES (Porto Alegre)
George A. BERMANN (Nueva York)	Hans VAN LOON (La Haya)
Michael Joachim BONELL (Roma)	Ricardo L. LORENZETTI (Buenos Aires)
Andrea BONOMI (Lausana)	Djamshid MOMTAZ (Teherán)
Nuria BOUZA VIDAL (Barcelona)	Rui Moura RAMOS (Coimbra)
Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE (La Haya)	Horatia MUIR WATT (París)
Yves DAUDET (París/La Haya)	Yuko NISHITANI (Fukuoka)
Yves DERAIS (París)	María Blanca NOODT TAQUELA (Buenos Aires)
Franco FERRARI (Verona/Nueva York)	Didier OPERTTI BADÁN (Montevideo)
Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE (Montevideo)	Arturo OROPEZA GARCÍA (México)
Henry S. GABRIEL (Nueva Orleans)	Pilar PERALES VISCASILLAS (Madrid)
Emmanuel GAILLARD (París)	Leonel PEREZNIETO CASTRO (México)
Alejandro M. GARRO (Nueva York)	Luiz Otávio PIMENTEL (Florianópolis)
H. Patrick GLENN (Montreal)	Mónica PINTO (Buenos Aires)
Roy GOODE (Oxford)	Luca RADICATI DI BROZOLO (Milán)
Horacio GRIGERA NAÓN (Washington)	Julio César RIVERA (Buenos Aires)
Ronald HERBERT (Montevideo)	Roberto RUIZ DÍAZ LABRANO (Asunción)
Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN (Caracas)	Jorge SÁNCHEZ CORDERO (México)
Jean-Michel JACQUET (Ginebra)	Symeon SYMEONIDES (Salem)

Responsables de edición de la colección

Paula M. ALL

Caroline KLEINER

Juan Manuel VELÁZQUEZ GARDETA

Cuestiones claves del arbitraje internacional

Emmanuel GAILLARD
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
(Directores)

Autores

Rafael Francisco ALVES
Yas BANIFATEMI
Roque J. CAIVANO
Antonias DIMOLITSA
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
Emmanuel GAILLARD
João Bosco LEE
Fernando MANTILLA SERRANO
Luca G. RADICATI DI BROZOLO
Eduardo SILVA ROMERO

Asistente de edición
Lucie CHATELAIN



Colección Textos de Jurisprudencia



biblioteca de derecho
de la globalización

© 2013 Editorial Universidad del Rosario
© 2013 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2013 Emmanuel GAILLARD, Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO, Rafael Francisco ALVES, Yas BANIFATEMI,
Roque J. CAIVANO, Antonias DIMOLITSA, João Bosco LEE, Fernando MANTILLA SERRANO, Luca
RADICATI DI BROZOLO, Eduardo SILVA ROMERO

ISBN: 978-958-738-328-7 (Rústico)

ISBN: 978-958-738-329-4 (Digital)

Primera edición: Bogotá, D. C., abril de 2013
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Rodigo Díaz Lozada
Diagramación: Martha Echeverry P.
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Impresión:
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 Tel: 297 0200 Ext. 7724
editorial.urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario

Cuestiones claves del arbitraje internacional / Rafael Francisco Alves y otros autores; directores Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo. — Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política. CEDEP. 2013.

282 p. (Colección Textos de Jurisprudencia Universidad del Rosario; biblioteca de derecho de la globalización – CEDEP)

ISBN: 978-958-738-328-7 (Rústico)

ISBN: 978-958-738-329-4 (Digital)

Derecho internacional / Arbitramento / Arbitramento internacional / Tribunales internacionales / Conflictos internacionales / Relaciones internacionales / I. Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política. Cedep / II. Alves, Rafael Francisco / III. Banifatemi, Yas / IV. Caivano, Roque J. / V. Dimolitsa, Antonias / VI. Lee, Joao Bosco / VII. Mantilla Serrano, Fernando / VIII. Radicati Di Brozolo, Luca G. / IX. Silva Romero, Eduardo / X. Gaillard, Emmanuel, director / XI. Fernández Arroyo, Diego P., director / XII. Chateain, Lucie / XIII. Título / XIV. Serie

341.522

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

del

Marzo 6 de 2013

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Cuestiones claves del arbitraje internacional	
Introducción	1
<i>Emmanuel GAILLARD / Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO</i>	
I. El auge del arbitraje	1
II. Las razones y objetivos de esta publicación	3
III. El contenido de este libro	4
IV. El libro y la evolución del arbitraje en América Latina	8
 Las representaciones del arbitraje internacional	 11
<i>Emmanuel GAILLARD</i>	
I. Introducción	11
II. La noción de representación y su aplicación al arbitraje internacional	13
III. Tres representaciones del arbitraje internacional	17
IV. El ordenamiento jurídico arbitral	21
 La selección del árbitro y su obligación de independencia	 33
<i>Fernando MANTILLA-SERRANO</i>	
I. Introducción	33
II. La selección del árbitro	34
III. La independencia del árbitro respecto de las partes	40
IV. La independencia del árbitro respecto de los abogados de las partes	47
V. Comentarios finales	53
 La “extensión” de la cláusula compromisoria a los no signatarios	 55
<i>Antonias DIMOLITSA</i>	
I. Introducción	55
II. La referencia circunstancial por parte de los árbitros a la existencia de consentimiento	56

III. Una paradoja judicial sobre la existencia del consentimiento: el caso <i>Dallab</i>	70
IV. Conclusión	79
La regla de prioridad: ¿una prioridad en América Latina?	81
<i>Yas BANIFATEMI</i>	
I. Introducción	81
II. La doble dimensión del principio de competencia-competencia	83
III. La regla de prioridad temporal en América Latina	87
IV. Conclusión	108
Arbitraje y medidas cautelares en Latinoamérica	111
<i>João Bosco LEE / Rafael Francisco ALVES</i>	
I. Introducción	111
II. El poder del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares	113
III. Las medidas cautelares y las relaciones entre los tribunales arbitrales y el Poder Judicial	120
IV. Conclusiones	132
La renuncia a los recursos	133
<i>Roque J. CAIVANO</i>	
I. Introducción: la interacción entre el arbitraje y el Poder Judicial	133
II. Funciones judiciales de apoyo	136
III. Funciones judiciales de control sobre el arbitraje	140
IV. La renuncia a los recursos contra el laudo	143
V. Conclusión	163
De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas	165
<i>Eduardo SILVA ROMERO</i>	
I. Introducción	165
II. De la confidencialidad implícita a la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial internacional	169
III. De la confidencialidad explícita en el arbitraje comercial internacional a la transparencia implícita en el arbitraje internacional de inversiones	178
IV. Conclusión	187

Las normas imperativas y el arbitraje internacional	189
<i>Luca G. RADICATI DI BROZOLO</i>	
I. La prevalencia de la autonomía de las partes en la legislación contemporánea de arbitraje: ¿Un lugar para las normas imperativas?	189
II. La arbitrabilidad de las normas imperativas	192
III. La revisión por parte de los tribunales de los laudos arbitrales que aplican normas imperativas en los procedimientos de nulidad y de ejecución	194
IV. Los árbitros y las normas imperativas	212
V. Conclusión	221
 Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral	 225
<i>Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO</i>	
I. Introducción	225
II. ¿Existe la doctrina del precedente en el arbitraje?	231
III. ¿Pueden tenerse en cuenta los precedentes en el arbitraje?	240
IV. ¿Deberían tenerse más en cuenta los precedentes en el arbitraje?	251
V. Comentarios finales	261
 Abreviaturas	 263

Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral*

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO

I. Introducción

1. Panorama general y aclaraciones previas

El hecho de que el arbitraje encarne una justicia impartida por tribunales que son específicamente designados para resolver un caso concreto, sin formar parte de una jurisdicción organizada jerárquicamente y desvinculados de todos los demás tribunales arbitrales, lleva instantánea e instintivamente a pensar en la imposibilidad del desarrollo de una jurisprudencia arbitral. Desde una posición muy dogmática, hasta se podría llegar a negar la noción en sí. Sin embargo, dado que el arbitraje se ha convertido en el mecanismo normal para la resolución de controversias relativas a un amplio espectro de materias que afectan el comercio o la economía globales, la pregunta sobre la configuración, las posibilidades y la misma necesidad de tal jurisprudencia se impone.

Es verdad que la práctica arbitral muestra a menudo una coherencia sorprendente, incluso a escala prácticamente global, lo que es casi imposible de alcanzar en cualquier ámbito de la jurisprudencia judicial.¹ No obstante, respecto de materias especialmente sensibles, las contradicciones entre los tribunales arbitrales son a veces groseras, tanto desde una perspectiva general como dentro del mismo marco institucional. En ese contexto, vale la pena indagar si tal incoherencia es inevitable o, por el contrario, inadmisible, en

* Este trabajo fue desarrollado originalmente en el marco del Proyecto de investigación *Private international law as global governance*, y destinado a una publicación en ese contexto.

¹ En general, los tribunales judiciales sólo pueden imponer una jurisprudencia en un ámbito espacial acotado que se extiende a un Estado o a una región; por su parte, las decisiones de los tribunales judiciales internacionales sólo pueden alcanzar a configurar una jurisprudencia en relación con las materias específicas que componen su esfera de competencia y únicamente respecto de los Estados que han aceptado su jurisdicción.

particular en lo que se refiere a determinadas materias. Es sabido —la realidad lo demuestra cada día— que los Estados siguen teniendo enfoques diferentes respecto del arbitraje. Pero, sin salir del “mundo arbitral”, parece importante analizar el grado de incoherencia que el arbitraje internacional puede permitirse al tiempo que reivindica su carácter de verdadero ordenamiento jurídico y que se ha convertido en la usina distribuidora de justicia de los grandes litigios privados y público-privados.

Para llevar a cabo dicho análisis, es preciso realizar previamente varias precisiones terminológicas y ciertas aclaraciones, ya que “jurisprudencia” y “precedente” son dos nociones que admiten varias comprensiones, incluso en el seno de la misma familia jurídica. En primer lugar, cabe señalar que si bien normalmente se habla de “doctrina del precedente” o *stare decisis* para referirse a la obligación de fundar las decisiones judiciales en decisiones anteriores, que tendrían así un carácter “vinculante”, algunas veces la expresión se refiere a decisiones que, sin ser obligatorias, poseen un notable carácter “persuasivo”. Otras veces, se va aún más lejos al identificar la doctrina indicada con la mera cita de decisiones anteriores *ad abundantiam*, es decir, no para fundamentar sino para justificar o simplemente ilustrar una nueva decisión. Afinando aún un poco más, se suele incluso llamar la atención acerca de la distinción entre jurisprudencia y precedente. Se ha dicho, por ejemplo, que el precedente es la “unidad de base de toda jurisprudencia”, el cual no representa más que el aspecto técnico del debate.²

Las disquisiciones mencionadas son aplicables por igual a los ámbitos judicial y arbitral. Acerca del primero, la noción de precedente va de la mano de la organización jerárquica de los tribunales judiciales, dentro de la cual el tribunal superior “impone” su criterio al inferior. Refiriéndose concretamente al segundo, algunas opiniones autorizadas señalan que para que pueda hablarse de precedente en el arbitraje se requiere que la decisión goce de una cierta autonomía, coherencia y accesibilidad.³ De las dos últimas hablaremos más

² J.-M. JACQUET, “Avons-nous besoin d’une jurisprudence arbitrale”, *Rev. arb.*, 2010, p. 447. En una línea similar, E. GAILLARD, “Foreword”, en E. GAILLARD / Y. BANIFATEMI (dirs.), *Precedent in International Arbitration*, Huntington (NY), Juris, 2008, pp. 1-2 (señalando que precedente no sería lo mismo que jurisprudencia, ya que ésta evocaría una idea plural, consistente en la presencia de un cuerpo coherente de decisiones, mientras que un precedente puede estar aislado, no ser parte de tal cuerpo).

³ E. GAILLARD / J. SAVAGE (dirs.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999, n° 374-384.

adelante; en lo que respecta a la autonomía, lo que se quiere decir es que, en la medida en que el arbitraje se considere inserto de algún modo en el ordenamiento jurídico estatal, difícilmente puede hablarse de una jurisprudencia propiamente arbitral ya que, al final del camino, lo que realmente contaría sería la autoridad de las decisiones judiciales.

En una onda no muy lejana a la anterior, se ha afirmado que dicha jurisprudencia sólo puede desarrollarse en relación con las materias que no están sometidas a un control normal, ordinario, de los tribunales judiciales. Con este entendimiento, no cabría hablar de precedentes arbitrales acerca de la determinación de la competencia del tribunal arbitral, cuestión siempre sujeta a la revisión judicial, mientras que la elaboración de una jurisprudencia arbitral podría en cambio tener lugar en relación con la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia, cuestión que sólo es revisable excepcionalmente, cuando se considera que el Derecho aplicado vulnera el orden público del Estado de origen (anulación) o de destino (reconocimiento o ejecución) del laudo. Sobre este punto, algunos han llegado a precisar que para que pueda hablarse realmente de jurisprudencia arbitral debe tratarse de casos en los cuales el tribunal aplica Derecho no estatal ya que, en caso contrario, la toma en consideración de la jurisprudencia acuñada por los tribunales del Estado de origen del Derecho aplicado sería insoslayable.⁴

En el marco concreto de este capítulo, sin menospreciar para nada la pertinencia de las consideraciones anteriores —las cuales serán oportunamente analizadas—, se siguen las siguientes premisas:⁵

- las expresiones precedente y jurisprudencia serán utilizadas en general indistintamente, salvo que se realice alguna indicación específica, en referencia a la decisión o conjunto de decisiones que brindan el fundamento para decidir casos posteriores sobre hechos o cuestiones

⁴ Véase Y. DERAÏNS, “Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d’arbitrage commercial international”, *TCFDIP*, 1984-1985, p. 83 y “La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat”, *RDAL*, 1996, pp. 514-515. Nada quita, sin embargo, que esa jurisprudencia estatal sea matizada a la luz de otras reglas (no estatales) aplicables en el caso específico. En este sentido, J.-M. JACQUET (nota 2), pp. 461-462.

⁵ Comparar con G. KAUFMANN-KOHLER, “Arbitral precedent: Dream, necessity or excuse? (The 2006 Freshfields Lecture)”, *Arb. Int.*, vol. 23-3, 2007, pp. 358-360.

similares (es decir, no una mera opinión sino el fundamento esencial para la nueva decisión);⁶

- la citación *ad abundantiam* de decisiones anteriores no será considerada en ningún caso como utilización de la doctrina del precedente;
- hablaremos de jurisprudencia *de iure* en alusión a la obligatoriedad de fundamentar una decisión sobre las decisiones anteriores y de jurisprudencia *de facto* para aquellos casos en los cuales la autoridad de la decisión anterior se basa en la persuasión y no en la obligación legal;
- en cualquier caso, la noción incluye la idea de coherencia, en el sentido de obrar como reaseguro —siempre relativo— contra decisiones extrañas, sin que ello implique desconocer que la jurisprudencia puede variar, es decir, que cabe abandonar razonadamente el precedente.

2. Jurisprudencia arbitral y jurisprudencia judicial

Sobre las bases enunciadas, varios datos merecen ser tenidos en cuenta. Ante todo, aunque muchas apreciaciones pueden resultar válidas, como ya se indicó, tanto en el ámbito judicial como en el ámbito del arbitraje, no debe perderse de vista que hay diferencias de fondo entre las realidades respectivas. En el marco de actuación de los tribunales judiciales, es difícil encontrar un estudio clásico de Derecho comparado que no haga referencia a las diferencias esenciales entre los ordenamientos jurídicos tributarios del *common law* y los de la familia jurídica romano-germánica, entre las cuales ocuparía un lugar privilegiado el valor dado al precedente en unos y otros.⁷ De más está decir que el reinado de la doctrina del *stare decisis* no impide a ningún ordenamiento del *common law* (en los cuales existen diferentes enfoques de la cuestión) revertir una jurisprudencia bien establecida en la medida en que se encuentre una justificación adecuada para hacerlo, mientras que la jurisprudencia acuñada

⁶ N. BÉGUIN, “The Role of precedent in international arbitration”, *Jusletter*, 5, January, 2009.

⁷ Ver el comentario de K. ZWIEGERT / H. KÖTZ, 3.^a ed., trad. T. WEIR, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 257 ss. Por no hablar de los estudios centrados en el tema, como N. MACCORMICK / R.S. SUMMERS (dirs.), *Interpreting Precedents: A comparative study*, Aldershot, Ashgate / Dartmouth, 1997; R. SIL TALA, *A theory of precedent. From Analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*, Oxford / Portland, Hart, 2000, esp. pp. 121-148.

por los tribunales superiores en los ordenamientos “civilistas” es mucho más estable de lo que algunos parecen imaginar.⁸

Pero más allá de lo que sucede en el ámbito judicial, lo que interesa poner de relieve es que en el arbitraje internacional esa tajante división entre *common law* y Derecho romano-germánico pierde terreno día a día. En efecto, aun sin desconocer que en algunos países el Derecho procesal local todavía influye en algunos casos y por diferentes vías (aunque más no sea por su impregnación en el modo de razonar y de desenvolverse de algunos árbitros y abogados de las partes),⁹ el procedimiento típico del arbitraje internacional se ha ido convirtiendo en una combinación singular de ambos sistemas.¹⁰ Así, por ejemplo, es normal combinar el intercambio “civilista” de memoriales escritos de demanda y contestación, con réplica y dúplica y hasta memoriales de conclusiones después de las audiencias, por un lado, con prácticas de pruebas típicas del *common law* donde la *cross examination* brilla con luz propia, por el otro. Dadas esas particularidades, no es de extrañar que el arbitraje internacional mantenga una actitud original respecto del precedente que no se identifica necesariamente con la que es dable encontrar en ningún sistema judicial.

Además, es evidente que la jurisprudencia arbitral *stricto sensu*, cualquiera sea el alcance que se le reconozca, convive con la jurisprudencia judicial en materia de arbitraje. En algunos casos, ésta puede expresar una confirmación o una contradicción de aquélla. En otros supuestos, en cambio, la jurisprudencia judicial se genera en forma autónoma, pronunciándose acerca de los efectos de decisiones arbitrales sin que ello implique exactamente la confirmación o la negación de un precedente arbitral.¹¹ La jurisprudencia judicial en materia

⁸ M. CAPPELLETTI, “The doctrine of stare decisis and the civil law: A fundamental difference - or no difference at all?”, en *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J. C. B. MOHR, 1981, pp. 381-393; K. ZWIEGERT / H. KÖTZ (nota 7), pp. 262-265. En igual sentido, G. BORN, *International commercial arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009, pp. 2957-2959.

⁹ Ver U. DRAETTA, *La otra cara del arbitraje*, trad. M.C. BRUSA, Bogotá, UR / Cedep, 2012, pp. 5-7.

¹⁰ Ver G. KAUFMANN-KOHLER, “Globalization of arbitral procedure”, *Vand. J. Trans. L.*, vol. 36, 2003, pp. 1313-1333; B. HANOTIAU, “International arbitration in a global economy: The challenges of the future”, *JIA*, vol. 28, n° 2, 2011, pp. 97-98.

¹¹ Es el caso, por ejemplo, de la aceptación por los tribunales de algunos Estados de los efectos de laudos extranjeros que han sido anulados en el país de la sede del arbitraje. Aunque no es la única, la saga francesa iniciada en *Ticaret Siskevi c. Norsolor* (Cass. civ. 1re, 09/10/1984, *Rev. arb.*, 1985, pp. 431 ss. y nota de B. GOLDMAN; *JDI*, 1985, pp. 679 ss. y nota de P. KAHN) es la que más ha arraigado. Entre la muy abundante bibliografía sobre el particular, ver E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*,

de arbitraje, además, no sólo es producida por tribunales estatales. Tribunales internacionales y supranacionales también pueden generar precedentes en la materia.¹²

La receptividad que los tribunales arbitrales deparan a las decisiones judiciales, como es obvio, es muy variable y relativa y está en función de diversos factores. Entre éstos, naturalmente, destaca el país del cual proviene la decisión judicial. Así, según cuáles sean la concepción dominante en el seno del tribunal arbitral sobre el carácter autónomo del arbitraje y la cuestión concreta de que se trate, podrá darse un peso singular a las decisiones judiciales emanadas de la jurisdicción cuyo Derecho resulta aplicable al fondo de la controversia, de la jurisdicción de la sede del arbitraje o de una jurisdicción en la cual el laudo deberá presumiblemente ejecutarse. Incluso en ámbitos en los cuales la jurisprudencia de un tribunal judicial tiene un carácter decididamente conminatorio (como es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), los tribunales arbitrales suelen tener cierta amplitud para actuar en los márgenes de los pronunciamientos judiciales, con efectos al menos simbólicos.¹³

Si diversa es la impresión que causa la jurisprudencia de los tribunales judiciales en materia de arbitraje sobre la voluntad de los tribunales arbitrales, no menos diversa parece ser la percepción con que se recibe a la jurisprudencia

Asunción, Cedep / Thomson Reuters, 2010, pp. 148-163; F. MANTILLA SERRANO, "Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 15, 2009, pp. 15-40.

¹² Es el caso de la conocida sentencia del TJCE (Pleno), de 01706/1999, As. C-126/97, *Ecco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, que ordena incluir en la noción de orden público, a efectos de la anulación de un laudo, los principios de la UE en materia de libre competencia.

¹³ Un ejemplo claro es el caso *West Tankers*, que causó un gran revuelo en la Unión Europea sobre todo desde que el Tribunal de Justicia europeo decidió que la existencia de un convenio arbitral no autoriza a los tribunales judiciales de un Estado miembro a prohibir el inicio o la prosecución de un proceso ante los tribunales judiciales de otro Estado miembro que serían competentes según el Reglamento 44/2001 de la UE, más conocido como Reglamento de Bruselas I (sentencia TJCE de 10/02/2009, *Allianz SpA & Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.*, As. C-185/07). Sin contradecir ese punto, la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*, afirmó (sentencia de 26/03/2012, [2012] EWHC 854 (Comm)), al revocar un fallo de primera instancia, que *West Tankers* tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados por la violación de la obligación de arbitrar de parte de Allianz y Generali. Es decir, según el tribunal inglés, el hecho de que el tribunal europeo haya declarado que una *antisuit injunction* es incompatible con el Reglamento de Bruselas I, no le impediría sancionar a la parte que inició el proceso judicial, a pesar de estar vinculada por un convenio arbitral. Ver J. ZADKOVICH / N. ROBERTS, "West Tankers 2012: Pro-arbitration through enforcement of declaratory awards", *LALR*, n° 2, 2012, pp. 51-55.

emanada de los propios tribunales arbitrales. Se ha comentado, en particular, que lo que se entiende por precedente en el ámbito del arbitraje puede ser bastante diferente según uno se sitúe en la perspectiva de los abogados de las partes, del tribunal arbitral o del público en general.¹⁴

Por último, y para concluir esta ya larga introducción, es sumamente importante observar que el alcance de todas las afirmaciones que se hagan puede depender (y normalmente depende) de la materia específica sobre la que recaiga el arbitraje y de la cuestión concreta a la que se enfrenta el tribunal arbitral. Respecto de las materias, pese a que el hecho de compartir el sustantivo “arbitraje” puede hacer pensar que las mismas características son predicables del mecanismo de resolución de controversias que se desarrolla en el estricto ámbito mercantil, del que tiene lugar en el campo del deporte y del que enfrenta a un Estado con un inversor extranjero, la verdad es que las diferencias entre ellos —tanto en general como en especial en lo que hace referencia al valor otorgado al precedente— son considerables. Incluso aunque un arbitraje revista características “puramente” comerciales, hay sectores que presentan unas acusadas peculiaridades, lo que ocurre por ejemplo con el arbitraje en materias tales como la construcción, la energía o el transporte marítimo.

Tomando en cuenta todo lo anterior, intentaremos brindar los elementos esenciales para dar respuestas a las tres preguntas claves que se plantean en torno al tema tratado en este capítulo, a saber: ¿existe la doctrina del precedente en el arbitraje?; ¿pueden tenerse en cuenta los precedentes en el arbitraje?; y ¿deberían tenerse más en cuenta los precedentes en el arbitraje?

II. ¿Existe la doctrina del precedente en el arbitraje?

Lo que se pretende responder en este epígrafe es si existe, ya sea en el arbitraje en general o en algún ámbito particular del mismo, la obligación legal de basarse en los precedentes. Dado que lo esencial en la doctrina del precedente es la obligatoriedad de éste, procede verificar si dicha característica está presente en alguna de las dimensiones normativas del arbitraje. De todas las cuestiones respecto de las cuales es posible llevar a cabo esa indagación, puede ser especialmente interesante utilizar como parámetro principal la reglamentación

¹⁴ B. LEGUM, “The definitions of ‘precedent’ in international arbitration”, en E. GAILLARD / Y. BANIFATEMI (nota 2), pp. 5-14.

de la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto, la cual, por las razones ya indicadas, puede constituir un ámbito propicio para la generación de una jurisprudencia arbitral.¹⁵ En efecto, si la obligación mencionada existe, forzosamente deberá afectar esta cuestión, la cual no sólo posee una importancia considerable, sino que además recibe un tratamiento específico en los más variados instrumentos jurídicos sobre la materia.

1. En las leyes de arbitraje

En el texto original (aprobado en 1985) de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional de la CNUDMI, que ha sido adoptada a esta altura en sesenta y seis países de todos los continentes¹⁶ y que, por lo tanto, puede tomarse como un estándar de general aceptación, la respuesta se perfila con claridad. Ni en las disposiciones introductorias ni en el artículo 28, que específicamente se refiere a las “normas aplicables al fondo del litigio”, puede encontrarse signo alguno del que pueda inferirse un mandato, siquiera oblicuo, de ajustarse a la jurisprudencia arbitral. En otras palabras: la doctrina del precedente no está contemplada para el arbitraje en general y tampoco en lo que concierne a la determinación del Derecho aplicable a la sustancia del caso.

Si se revisa el mencionado artículo 28, se verá que, cuando las partes no han elegido el Derecho aplicable al fondo ni autorizado al tribunal arbitral a decidir *ex aequo et bono* o como amigable componedor, el tribunal sólo debe ajustarse a tres directivas básicas: aplicar “la ley que determinen las normas de conflicto que estime aplicables” (art. 28.2), decidir “con arreglo a las estipulaciones del contrato” y tener en cuenta “los usos mercantiles aplicables al caso” (art. 28.4).¹⁷ Es muy probable que en la puesta en práctica de tales directivas el tribunal tenga presentes decisiones judiciales o arbitrales anteriores, pero nada en el artículo 28 le impone esa actitud.

¹⁵ Y. DERAIS, “La jurisprudence...” (nota 4), pp. 514-530.

¹⁶ Decimos “en” y no “por”, ya que en algunos de esos Estados, la Ley Modelo está en vigor en algunas demarcaciones territoriales, pero no en otras. Es el caso de países como Estados Unidos (en vigor en siete estados), Reino Unido (en vigor en Escocia y Bermudas) o China (en vigor en Macao y Hong Kong). Dentro del ámbito latinoamericano, la CNUDMI reconoce como basadas en su Ley Modelo a las legislaciones de Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

¹⁷ Vale la pena aclarar que las dos últimas directivas son aplicables “en todos los casos” y no sólo cuando las partes no han elegido el Derecho aplicable.

Debe notarse que la directiva sentada en el artículo 28.4 de la Ley Modelo aparece también en legislaciones que no se inspiran en aquélla¹⁸ y que en ausencia de elección del Derecho por las partes, algunas legislaciones nacionales van más allá de lo previsto en el artículo 28.2 de la Ley Modelo. Nos referimos concretamente al abandono progresivo de la perspectiva “conflictualista” que permitiría directamente y sin subterfugios al tribunal arbitral la aplicación de reglas no estatales.¹⁹ Esta evolución lleva a investir al árbitro de un cierto poder creador del Derecho el cual, al menos en determinados casos, podría ser visto como lo opuesto a la sujeción a algún tipo de precedente.²⁰ Sin embargo, la práctica muestra que raramente los árbitros se desmelenan, sino que tienden a mostrarse cautelosos y a buscar con sumo cuidado la fundamentación del Derecho aplicable al fondo de la controversia.²¹

Ahora bien, volviendo a la Ley Modelo, la indiferencia respecto a la jurisprudencia arbitral que antes apuntamos, sólo puede en realidad predicarse si no se tiene en cuenta un dato a nuestro juicio muy significativo contenido en la reforma de la misma operada en 2006. Aunque la atención de dicha reforma se centró especialmente en la introducción de un detallado régimen de normas cautelares y, un poco menos, en las dos opciones incorporadas para la forma del convenio arbitral en el artículo 7, otra modificación resulta mucho más relevante en el marco de nuestro tema. Se trata del nuevo artículo 2A (redactado bajo el epígrafe “origen internacional y principios generales”), que ha pasado casi desapercibido. El primer párrafo de dicho artículo establece lo siguiente:

¹⁸ Por ejemplo, en el artículo 1511, 2.º párrafo del Código Procesal Civil francés: “(E)l tribunal arbitral siempre tomará en cuenta los usos del comercio”.

¹⁹ Ver, por ejemplo, los artículos 34 de la Ley española de arbitraje, 1511 1er párrafo del Código Procesal Civil de Francia o 57 del Decreto peruano de arbitraje. Para una visión positiva de esta tendencia, ver los desarrollos de J.A. MORENO RODRÍGUEZ en el capítulo 7 de este libro. Para una opinión más bien negativa, ver G. BORN (nota 8), pp. 2143-2145.

²⁰ G. KAUFMANN-KOHLER (nota 5), p. 365.

²¹ Ver las consideraciones de P. MAYER, “El derecho o las normas aplicables al fondo de la controversia”, en J.C. RIVERA / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (dirs.), *Contratos y arbitraje en la era global*, Asunción, AADC / Cedep, 2012, pp. 76-80 y los casos allí citados.

En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.²²

La alusión a la “necesidad” de promover la uniformidad” de la aplicación de la Ley, implica que, en todos los países en los cuales dicha disposición se incorpore tal cual,²³ la atención a lo decidido por otros tribunales deviene una obligación, ya que no hay otra forma de propender a esa uniformidad de interpretación.²⁴ Los tribunales sometidos a esta obligación serán tanto los tribunales arbitrales como los tribunales judiciales, pero sobre todo estos últimos, ya que, aun en el caso que se admita que los tribunales arbitrales no se desentienden de la ley de arbitraje del país de la sede —especialmente de sus normas imperativas—, las leyes de arbitraje (se basen éstas en la Ley Modelo o no) están principalmente dirigidas a regir la actuación de los jueces y tribunales nacionales. De lo que se habla aquí es de la interpretación de una “legislación estatal” (inspirada en un instrumento internacional, pero formalmente implementada mediante un acto legislativo interno) y no debe perderse de vista que, precisamente, el artículo 2A de la Ley Modelo persigue que el intérprete del texto *onusiano* evite el recurso automático al ordenamiento jurídico interno, lo que resulta particularmente adecuado en el contexto del arbitraje comercial internacional.²⁵

2. En las convenciones internacionales que regulan el arbitraje

La determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia es tratada de forma variada en diversas convenciones internacionales, pero todas coinciden en la ausencia de un mandato explícito de observancia de la jurisprudencia

²² La guía interpretativa se completa con un segundo párrafo que ordena que “Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley”.

²³ Como ha sido el caso, por ejemplo, en Costa Rica con la Ley n° 8937 de 27/04/2011.

²⁴ Es bueno dejar claro que, aun sin este mandato expreso, el origen internacional del instrumento en cuestión exige necesariamente la consulta de la jurisprudencia internacional, como ya se había reconocido expresamente en la jurisprudencia mexicana. Ver Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión. RC 14/2005, “*ADT Security Services*”, 19/05/2005.

²⁵ Lo que puede requerir algún matiz en los países en los cuales la Ley Modelo ha servido también como base para la reglamentación del arbitraje interno.

arbitral. Sin embargo, las conclusiones que pueden extraerse de lo que dicen y de lo que no dicen los textos en cuestión no son siempre las mismas. Así, el extraño artículo 10 del Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur de 1998,²⁶ en vigor en los cuatro Estados originarios del bloque, autoriza a los árbitros a determinar el Derecho aplicable ateniéndose “al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”.²⁷ Sea cual fuera la intención de los redactores de esta norma,²⁸ no puede decirse que haya existido intención alguna de prestar atención a los precedentes. Tampoco permite avanzar mucho la no menos peculiar norma del artículo 25.3²⁹ que remite a la aplicación subsidiaria de la Ley Modelo, la cual, al precisar la fecha original de dicho instrumento, parece impedir una interpretación dinámica que permitiera considerar el artículo 2A de la versión de 2006. En ese marco, la única vía, sin dudas forzada, para argumentar la existencia de alguna referencia implícita a la jurisprudencia arbitral, consistiría en el convencimiento declamado en el preámbulo del Acuerdo acerca de la “necesidad de uniformar la organización y funcionamiento del arbitraje internacional en los Estados Partes para contribuir a la expansión del comercio regional e internacional”.

²⁶ Donde nosotros decimos “extraño”, J. KLEINHEISTERKAMP utiliza adjetivos como “confuso”, “oscuro”, etc. Ver *International commercial arbitration in Latin America*, Dobbs Ferry, Oceana, 2005, pp. 334-337.

²⁷ Concretamente, el artículo 10 establece que “Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”. Otros instrumentos regionales en materia de arbitraje comercial internacional son más “ortodoxos” en el tratamiento de esta cuestión. Por ejemplo, el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961) sigue, en su artículo VII.1 un enfoque similar al del artículo 28, párrafos 2 y 4, de la Ley Modelo de la CNUDMI. Por su parte, el Acta Uniforme sobre el derecho del arbitraje en el marco del Tratado OHADA, dispone en el primer párrafo de su artículo 15 que, en defecto de elección de las partes, el tribunal arbitral elegirá las reglas de Derecho que considere más apropiadas, teniendo en cuenta, en su caso, los usos del comercio internacional.

²⁸ Diferentes esfuerzos para desentrañarla pueden verse en J. R. ALBORNOZ, “El arbitraje en el derecho internacional privado y en el Mercosur (con especial referencia a los Acuerdos de Arbitraje del 23 de julio de 1998)”, *AADI*, pp. 79-84, y J. KLEINHEISTERKAMP (nota 26).

²⁹ Artículo 25.3. “Para las situaciones no previstas por las partes, por el presente Acuerdo, por las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, ni por las convenciones y normas a los que este Acuerdo se remite, se aplicarán los principios y reglas de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 21 de junio de 1985”.

En materia de arbitraje de inversiones, el Convenio de Washington de 1965,³⁰ en vigor en 147 Estados, no es más explícito. No obstante, habida cuenta de las conocidas particularidades de este tipo de arbitraje, la disposición específicamente dedicada a la determinación del Derecho aplicable deja un margen relativamente estrecho para el ingenio creador de los árbitros. En efecto, el artículo 42, párrafo 1°, es muy concreto al establecer que cuando las partes no han convenido el Derecho aplicable, “el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.³¹ La certeza del mandato y la precisión de las fuentes allí mencionadas (a las que habría que agregar, en caso de existir, el TBI u otro tratado de inversiones aplicable), hacen que la referencia implícita a la necesidad de observar la jurisprudencia asome con bastante claridad. Es difícil justificar que un tribunal arbitral, al aplicar determinadas normas del ordenamiento jurídico de un Estado o del Derecho internacional siguiendo dicho mandato, haga caso omiso de los precedentes que existan en uno u otro caso sobre el particular, sean o no tales precedentes específicos de la materia arbitral. Otra cosa será, claro está, que el tribunal precise adaptar de alguna manera esa jurisprudencia a las particularidades del caso concreto. Sin embargo, ni los autores ni los árbitros parecen convencidos de la obligación de seguir la jurisprudencia. Los árbitros la siguen, como veremos, pero en general lo hacen sin creer que estén obligados a ello. Algunos autores han llegado a afirmar que la doctrina del precedente estaría descartada en el marco del Convenio de Washington por la disposición de su artículo 53 de acuerdo con la cual “el laudo es obligatorio para las partes” que son quienes lo deben acatar y cumplir.³² Además de no ser un argumento muy convincente, ni siquiera ha sido necesario para que varios tribunales arbitrales actuando en el marco

³⁰ Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que crea el Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI).

³¹ De manera similar, el Tratado de la Carta de la energía establece en su artículo 26.6 que “Un tribunal establecido según el párr. 4 decidirá las cuestiones en disputa de acuerdo con este Tratado y con las normas y principios aplicables del derecho internacional”.

³² En este sentido, Ch. SCHREUER / M. WEINIGER, “Conversations across cases – Is there a doctrine of precedent in investment arbitration?”, www.univie.ac.at/intlaw/conv_across_90.pdf; J. CRAWFORD, “Similarity of issues in disputes arising under the same or similarly drafted investment treaties”, en E. GAILLARD / Y. BANIFATEMI (nota 2), pp. 97-99.

del CIADI³³ al igual que muchos autores hayan descartado expresamente la existencia de dicha doctrina en ese ámbito.

3. En los reglamentos de arbitraje

Como es sabido, muchos reglamentos de arbitraje han sido recientemente modificados, invocando las necesidades de adecuación a los evidentes cambios que ha experimentado el arbitraje en los últimos años así como de dar respuesta a ciertos desafíos que éste enfrenta. Entre los primeros, se destacan cuestiones tales como la multiplicidad de partes y la evolución del tratamiento de las medidas cautelares; de los segundos, cabe indicar particularmente la preocupación por ciertas “desviaciones”³⁴ que han provocado, entre otras cosas, un crecimiento tanto en los costos como en la duración de los procedimientos arbitrales.³⁵ Cualesquiera sean las razones que han motivado las reformas, lo que interesa destacar acá es que los nuevos textos no se han preocupado por incorporar disposiciones que impongan a los árbitros la obligación de basarse en los precedentes a la hora de decidir las controversias a ellos sometidas.

En lo que atañe a la determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia en subsidio de manifestación de voluntad de las partes, la tendencia apunta a facultar al tribunal arbitral para elegir las normas más apropiadas, sean éstas de origen estatal o no, teniendo siempre en cuenta los usos comerciales que puedan ser de aplicación en la especie. En esa línea se inscriben claramente el Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —CCI— (en vigor desde el 1° de enero de 2012, art. 21.1 y 2), el Reglamento de arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje —AAA— (en vigor desde el 1° de junio de 2009, art. 28) y el Reglamento de arbitraje de la Cámara Arbitral de Milán —CAM— (en vigor desde el 1° de enero de 2010, art. 3).

³³ Entre otros, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Republic of the Philippines* (Caso CIADI n° ARB/02/6), Decisión del Tribunal sobre las objeciones a la competencia (29/01/2004).

³⁴ Retomando la caracterización de *dérives arbitrales* hecha por P. LALIVE en *ASA Bull.*, vol. 23, n° 4, 2005, pp. 587-592 (I) y vol. 24, n° 1, 2006, pp. 2-12 (II).

³⁵ Sin menospreciar tales necesidades, no debe descartarse que dichas modificaciones se hayan exacerbado por la inevitable competencia entre las instituciones arbitrales, como se sugería en el enunciado de uno de los temas discutidos en la IV Conferencia Latinoamericana de Arbitraje (Medellín, junio 2012): “La modernización de los reglamentos de arbitraje: ¿competencia loca o ejercicio ineludible?” (www.clarbitraje.com).

Otros reglamentos recientes presentan ciertos enfoques particulares sobre estas cuestiones. Así, el Reglamento de arbitraje del Instituto de Arbitraje la Cámara de Comercio de Estocolmo —scc— (en vigor desde el 1° de enero de 2010, art. 22) no hace referencia expresa a los usos del comercio; empero, contiene una regla específica en su artículo 47 que invoca, como guías para colmar las lagunas del Reglamento, el “espíritu” del mismo y el “esfuerzo razonable para asegurar que todo laudo sea legalmente susceptible de ejecución”.³⁶ El Reglamento de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* —CIETAC— (en vigor desde el 1° de mayo de 2012), mientras establece que su interpretación corresponde a la propia institución (art. 73.2), usa exclusivamente la palabra *law* en su versión en inglés para referirse a las normas que debe aplicar el tribunal arbitral cuando las partes no las han elegido (art. 47.2). Este dato podría emparentarlo con la nueva versión del Reglamento de la CNUDMI (en vigor desde el 15 de agosto de 2010, art. 35.1), la cual, aunque al hablar de la elección de las partes utiliza la expresión más amplia de “normas de derecho”, ha preferido mantener estrictamente el término “ley” para el caso en el que la determinación del Derecho aplicable corresponde al tribunal arbitral.³⁷ Por su parte, el Reglamento suizo de arbitraje internacional (en vigor desde el 1° de junio de 2012, art. 33.1), en lugar de utilizar la fórmula prevaleciente referida a las normas más adecuadas, prefiere el criterio de la conexión más estrecha con el litigio, manteniéndose así fiel a la senda marcada por el artículo 187.1 de la Ley suiza de derecho internacional privado.

En el singular arbitraje que se desarrolla en el maco del *Tribunal Arbitral du Sport* —TAS—,³⁸ el Reglamento procesal establece que en los procedimientos arbitrales ordinarios, si las partes no eligen el Derecho aplicable, la *formation* (como se denomina al tribunal arbitral) debe aplicar el Derecho de Suiza (art. R45), país de la localización del TAS. En los procedimientos de apelación, la ausencia de elección por las partes se suple por el Derecho del

³⁶ Una regla muy similar aparece en el artículo 41 del nuevo Reglamento de arbitraje de la cci.

³⁷ Decisión que lamentan algunos comentaristas como J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “Comentario al art. 35”, en P. PERALES VISCASILLAS / I. TORTEROLA (dirs.), *Nuevo Reglamento de arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y comentado*, Buenos Aires, Legis, 2011, pp. 377-378.

³⁸ La última versión del Código de arbitraje en materia deportiva, que incluye los diversos Reglamentos de arbitraje, entró en vigor el 01/01/2012.

país en el cual la federación, asociación u otro organismo deportivo que ha dictado la decisión atacada tiene su domicilio, aunque la *formation* también puede decidir según las “reglas de derecho” que estime apropiadas, siempre que motive dicha decisión (art. R58). Como ya se indicó en relación con el Convenio de Washington de 1965, la designación de un concreto Derecho nacional aplicable hace impensable el desentendimiento de la jurisprudencia del Estado en cuestión.

Hechas estas referencias, resulta importante subrayar que en el proceso de elaboración del nuevo Reglamento de arbitraje de la CNUDMI se llegó a discutir la inclusión de una norma con un contenido similar al del artículo 2A de la Ley Modelo. Algunas delegaciones (como las de Argentina y España) insistieron en que una disposición de ese tipo era aún más necesaria en un reglamento que en una ley, pero las posiciones más conservadoras se impusieron.³⁹ El argumento principal estribaba en que el mandato de propugnar la uniformidad internacional en la interpretación del Reglamento podía evitar una cierta propensión a dirigirse mecánicamente al Derecho de la sede del arbitraje, no siempre neutral y a menudo inadecuado.

4. Conclusión

La conclusión parece evidente: no puede decirse que la doctrina del precedente en el arbitraje internacional exista de una manera explícita y terminante. Ni siquiera en los ámbitos especializados como el del arbitraje de inversiones o el del arbitraje deportivo, en los cuales, como veremos, más habitualmente los árbitros se basan en decisiones anteriores, dicha actitud puede considerarse cabalmente como la consecuencia de una obligación legal inexcusable. Sin embargo, en lo que concierne específicamente a la determinación del Derecho aplicable cuando las partes no se han pronunciado sobre el particular, puede afirmarse que el establecimiento de una regla que dispone claramente la aplicación de las normas de determinado ordenamiento (como lo hacen el artículo 42.1 del Convenio CIADI y el artículo R35 del Reglamento procesal general del TAS) lleva aparejado, necesariamente, la toma en consideración de la jurisprudencia respectiva. Ahora bien, por lo general, los precedentes a

³⁹ Ver el Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 52º período de sesiones (Nueva York, 1-5/02/2010), Doc. A/CN.9/688, párrafos 39-44, en particular párrafo 42.

tener en cuenta serán los emanados de los tribunales del Estado cuyo Derecho resulta aplicable⁴⁰ y no precedentes arbitrales en sentido estricto.

Por su parte, las consecuencias de la avenida abierta por la CNUDMI con la incorporación a la Ley Modelo de la obligación de tener en cuenta la necesidad de propender a una interpretación uniforme son todavía difíciles de evaluar, además de que, como ya se indicó, sólo afectarían a esa particular legislación y más a las decisiones judiciales que a los laudos arbitrales. Resta por ver, y lo haremos en el epígrafe siguiente, si la ausencia de precedente *de iure* traza algún límite al precedente *de facto*.

III. ¿Pueden tenerse en cuenta los precedentes en el arbitraje?

1. Práctica arbitral

Una vez descartada la existencia, en general (con los matices que acabamos de mencionar), de una obligación legal de seguir el precedente, conviene preguntarse por la posibilidad de hacerlo, aun sin mediar dicha obligación. En otras palabras: ¿los tribunales arbitrales pueden fundar sus decisiones en lo decidido previamente por otros tribunales arbitrales? La respuesta emerge limpia de las constataciones que se acaban de exponer: no hay mandato expreso pero tampoco obstáculo legal. Es decir, no hay obligación (ni mecanismo para asegurar su observancia) pero tampoco prohibición de recurrir al precedente.

Una impresión tan generalizada como intuitiva indicaría que los árbitros dan importancia a las decisiones de tribunales arbitrales anteriores, ya que los abogados de las partes las invocan sistemáticamente, incluso aunque no tengan nada que ver con el Derecho aplicable al caso concreto.⁴¹ De hecho, los escritos presentados ante los tribunales arbitrales están a menudo cargados de tales referencias, muchas veces mezcladas y en un mismo nivel que las relativas a decisiones de tribunales estatales.⁴² La impresión se confirmaría con el dato evidente de que algunos desarrollos fundamentales del Derecho

⁴⁰ En particular de los de más alta jerarquía. Ver E. LOQUIN, "Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international", *JDI*, 1983, p. 325. Ver también G. BORN (nota 8), pp. 2963-2965.

⁴¹ E. GAILLARD (nota 2), p. 3: "es casi una reacción instintiva invocar laudos arbitrales en apoyo de los propios argumentos sin siquiera detenerse a pensar en el derecho aplicable al laudo que se invoca".

⁴² K.P. BERGER, "The international arbitrators' application of precedents", *JIA*, vol. 9, n.º 4, 1992, p. 18.

arbitral, aceptados hoy universalmente, se plasmaron en decisiones arbitrales.⁴³ En este sentido la práctica debería mostrar que, al menos en cierta medida y con las excepciones y matices del caso, existe una tendencia a basar las decisiones arbitrales en otras adoptadas previamente.

Sin embargo, se ha afirmado que la realidad no es tan clara. Los resultados de la investigación dirigida por una profesional de dilatada experiencia —que es además una de las personas que más se ha ocupado de este tema—,⁴⁴ al menos, reflejan que si en general la autoridad reconocida al precedente jurisprudencial depende de las materias y de las cuestiones específicas tratadas, en el arbitraje comercial internacional *lato sensu* los árbitros hacen lo que quieren o, según las circunstancias, lo que pueden, siendo la proporción de casos en los que se citan laudos anteriores relativamente pequeña.⁴⁵ No muy diferente parece ser la realidad de un ámbito específico del arbitraje comercial, el referido a las disputas en materia de construcción.⁴⁶ Dicho de otro modo, en su estado actual de evolución, el arbitraje comercial internacional no ofrecería la configuración de una verdadera jurisprudencia.

Ahora bien, incluso aceptando que los casos en los cuales los tribunales arbitrales reconocen autoridad a laudos anteriores sean relativamente pocos, la respuesta a la pregunta que encabeza este epígrafe debe ser indudablemente afirmativa. Una cosa no quita la otra. Pocos o muchos, los tribunales arbitrales que fundan sus decisiones en precedentes arbitrales están demostrando que tal proceder es perfectamente factible aunque no siempre constituye una tarea simple. Hacia el final de este capítulo realizaremos una valoración de ese proceder, que es una cuestión diferente. Pero subrayamos lo de “relativamente pocos” y lo de “pocos o muchos” porque aunque los autores citados sacan

⁴³ Incluyendo algunos tan elementales como los referidos a la autonomía de la cláusula arbitral o el principio competencia-competencia. Otros ejemplos en G. BORN (nota 8), pp. 2966-2967.

⁴⁴ Ver G. KAUFMANN-KOHLER (nota 5), pp. 361-367.

⁴⁵ G. KAUFMANN-KOHLER (nota 5), pp. 362-363. Según la autora, de cien laudos arbitrales aplicando la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, sólo seis se refieren a casos anteriores; mientras que de ciento noventa laudos adoptados en arbitrajes CCI, lo hacen alrededor del 15%.

⁴⁶ Ch.R. SEPPÄLÄ, “The development of a case law in construction disputes relating to FIDIC Contracts”, en E. GAILLARD / Y. BANIFATEMI (nota 2), p. 69, afirma que de cuarenta laudos interpretando contratos FIDIC (*Fédération internationale des ingénieurs-conseils*) que pudo encontrar, sólo cinco citan laudos anteriores que interpretan dichos contratos. Ver, sin embargo, J. JENKINS / J. STEBBINGS, *International construction arbitration law*, Deventer, Kluwer, 1 2006, pp. 7-8.

conclusiones algo desilusionadas de unos números que juzgan pequeños, en realidad éstos pueden estar reflejando una situación más bien halagüeña para el arbitraje comercial.

En efecto, la experiencia demuestra que muchas de las controversias que se plantean ante un tribunal arbitral no suscitan ningún problema serio de sustancia ni de procedimiento, sino sólo cuestiones de puro hecho: si la máquina funciona apropiadamente o no, si la entrega de las mercancías o la finalización de la obra se ha realizado puntualmente o no, si las circunstancias que han impedido el cumplimiento de un contrato podían haber sido previstas por la parte incumplidora o no, etc. Por lo general, en esos tipos de casos, no suele haber necesidad alguna de acudir a decisiones anteriores para fundar el laudo en el caso concreto. El juicio que un tribunal arbitral se puede hacer acerca del funcionamiento adecuado de una máquina depende del poder de convicción de las pruebas tenidas en cuenta en el procedimiento arbitral. En cambio, es posible que los otros casos, aparentemente poco numerosos, constituyan la práctica totalidad de los casos en los que la cuestión a dilucidar es la interpretación del Derecho que debe aplicarse al fondo o al procedimiento para solucionar justamente el caso. Si es así, la relevancia de esos casos es mayor que la que se le pretende reconocer.

Donde la discusión acerca de la jurisprudencia arbitral ocupa un lugar preponderante es en materia de arbitraje de inversiones. De hecho, el número de trabajos académicos que se ocupan de esta cuestión es tan amplio que hasta resulta difícil simplemente mencionarlos en el contexto de este capítulo. No es muy complicado constatar que los tribunales arbitrales que se ocupan de dirimir contiendas entre Estados e inversores pueden prestar atención —y de hecho la prestan cada vez más—⁴⁷ a lo que otros tribunales han decidido antes sobre cada una de las cuestiones claves de esta materia, empezando por la propia definición de “inversión” y siguiendo por el alcance de otras como “trato justo y equitativo”, “expropiación indirecta”, “cláusula paraguas”, etc.,⁴⁸ lo que

⁴⁷ J.P. COMMISSION, “Precedents in investment treaty arbitration: A citation analysis of a developing jurisprudence”, *JIA*, vol. 24, n° 2, 2007, pp. 149-153; L. REED, “The *de facto* precedent regime in investment arbitration: A case for proactive case management”, *ICSID Rev.*, vol. 25, n° 1, 2010, pp. 95-103.

⁴⁸ Así, en el reciente laudo en el caso *Iberdrola Energía SA c. República de Guatemala* (caso CIADI n° ARB/09/5, 17/08/2012), si bien desde el punto de vista fáctico el tribunal pone énfasis en la impericia de la demandante para demostrar los pretendidos incumplimientos de la demandada y sus consecuencias sobre el TBI, la jurisprudencia arbitral resulta decisiva tanto para la resolución de falta de jurisdicción del

no implica que en todos los casos se haya podido llegar a una jurisprudencia coherente sobre cada una de estas cuestiones. Incluso, para decidir no pocas cuestiones, dichos tribunales se fundamentan en lo decidido por tribunales internacionales que no actúan estrictamente en materia de inversiones.⁴⁹ La constatación es fácil de llevar a cabo porque un porcentaje muy elevado de los laudos arbitrales sobre inversiones —en especial los que son dictados como consecuencia de procedimientos arbitrales en el ámbito del CIADI— son puestos a disposición del público en general.

La actitud en tal sentido va hasta tal punto que se ha llegado a producir la paradoja de que para fijar su posición en materia de confidencialidad, el tribunal arbitral del caso *Abaclat c. Argentina*⁵⁰ basa sus argumentos en lo decidido previamente por otro tribunal en el caso *Biwater c. Tanzania*,⁵¹ decisión que para el tribunal de *Abaclat* ha establecido el “estándar de la confidencialidad en el arbitraje CIADI”.⁵² Es decir, el tribunal de *Abaclat* ve facilitada su tarea para reglamentar la confidencialidad gracias al carácter público de las decisiones en el caso *Biwater*.

El recurso al precedente es también omnipresente en el contexto del particular arbitraje que se desarrolla en materia deportiva. Sin embargo, se ha expresado acertadamente que tanto o más importante que la significación cuantitativa de tal recurso es el convencimiento cualitativo de que es preciso “llegar a la misma conclusión en materia de derecho” que la alcanzada por un tribunal anterior del TAS.⁵³ Bajo estas premisas, resulta complicado no aceptar

tribunal (párrs. 369, 371-373) como para definir el contenido y el alcance de la noción de “denegación de justicia” (párrs. 423 ss.).

⁴⁹ Entre muchos otros ejemplos, puede verse *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/98/2, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas por las partes (25/09/2001), párrafo 17 (“Este asunto, que ha suscitado tanta polémica en la doctrina, puede decirse que ya ha quedado resuelto a la luz de la jurisprudencia y, como hemos de ver más adelante, a la luz de una sentencia recientemente dictada por la Corte Internacional de Justicia”).

⁵⁰ *Abaclat and others c. Argentine Republic* (Caso CIADI n° ARB/07/5), Orden procesal sobre confidencialidad (27/01/2010).

⁵¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. United Republic of Tanzania* (Caso CIADI n° ARB/05/22, Orden procesal n° 3 (29/09/2006).

⁵² *Abaclat* (nota 50), párrafos 67 ss.

⁵³ G. KAUFMANN-KOHLER (nota 5), p. 365, citando *LAFF c. USA Track & Field and Jerome Young*, TAS 2004/A/628, 28/06/2004, párrafo 73, donde se encuentra la frase entrecomillada. La autora también

que una auténtica jurisprudencia arbitral se va construyendo progresivamente en este ámbito.⁵⁴

A nuestro modo de ver, en todas las materias existe —aunque en unas más que en otras—⁵⁵una jurisprudencia *de facto*, una “autoridad persuasiva” del precedente,⁵⁶ que ningún árbitro con experiencia desconoce. Como se ha señalado con acierto, dicha autoridad reconocida por los tribunales arbitrales a laudos anteriores no es uniforme sino que admite diferentes grados.⁵⁷ La gradación tiene que ver con la cantidad de casos que han adoptado una determinada solución, con la naturaleza de los tribunales que actuaron en dichos arbitrajes, con la calidad del razonamiento desarrollado, etc.⁵⁸ De este modo, la jurisprudencia arbitral no se construye de un golpe, sino de manera progresiva, en un desarrollo constante que se va adecuando a la evolución del Derecho en general y del Derecho arbitral en particular.

No por muy conocido y muy citado, el ejemplo del caso *CCI Dow Chemical*⁵⁹ deja de ser contundente ya que él reúne, en la práctica, todos los elementos que aquí se apuntan en forma aparentemente teórica. De entrada, cabe subrayar que, para resolver una cuestión espinosa relativa al alcance personal del convenio arbitral, el tribunal arbitral se basó en el camino abierto por laudos anteriores publicados por la misma CCI. Esto no es, como ya dijimos, una excepción, pero el tribunal de *Dow Chemical* fue más allá, poniendo de

cita el caso *Mariano Puerta c. International Tennis Federation (ITF)*, TAS 2006/A/1025, 12/07/2006, en el cual se citan once decisiones previas antes de adoptar el laudo.

⁵⁴ G. KAUFMANN-KOHLER (nota 5), p. 366. En el mismo sentido, E. LOQUIN, “L’utilisation par les arbitres du TAS des principes généraux du droit et le développement d’une *Lex sportiva*”, en A. RIGOZZI / M. BERNASCONI (dirs.), *The proceeding before the Court of arbitration for sport*, Bern, Weblaw, 2007, pp. 85-108.

⁵⁵ Otro sector en el cual la jurisprudencia arbitral ha alcanzado un desarrollo notable es el del arbitraje laboral que tiene lugar en Estados Unidos. Ver W.M.C. WEIDEMAIER, “Towards a theory of precedent in arbitration”, *William & Mary L. Rev.*, vol. 51, 2010, pp. 1910-1911.

⁵⁶ Precisamente, para A. MOURRE, “Precedent and confidentiality in international commercial arbitration. The case for the publication of arbitral awards”, en E. GAILLARD / Y. BANIFATEMI (nota 2), pp. 40-41, la noción de “precedente persuasivo” es la que se aplica al arbitraje, mientras que la de precedente obligatorio es propia de la jurisprudencia judicial.

⁵⁷ G. BORN (nota 8), p. 2969.

⁵⁸ G. BORN (nota 8), pp. 2969-2970. Ver también B. OPPETIT, “Le droit international privé, droit savant”, *Recueil des Cours*, t. 234, 1992, pp. 393-401.

⁵⁹ *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, laudo interlocutorio CCI 4131/1982, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, 1974-1985, pp. 146 ss.; JDI, 1983, pp. 899 ss., con comentario de Y. DERAÏNS.

relieve expresamente la importancia de la elaboración de una jurisprudencia arbitral.⁶⁰ Como si eso fuera poco, la doctrina plasmada en el laudo acerca de la extensión del convenio arbitral a una persona que no lo ha firmado pero que ha participado activamente del contrato formando con una de las partes signatarias una realidad económica única, fue recibida y confirmada por la jurisprudencia francesa, siendo desigual su repercusión en otras latitudes.⁶¹

2. Dificultades para la configuración de una jurisprudencia arbitral

Debe quedar claro, no obstante, que el hecho de que la vía a la utilización de la jurisprudencia arbitral se halle expedita desde el punto de vista de las disposiciones legales aplicables y que los árbitros se muestren al menos relativamente dispuestos a franquear la puerta que conduce a ella, no significa que esa vía se encuentre libre de otro tipo de dificultades. Por el contrario, tanto desde un punto de vista práctico como desde una perspectiva más bien teórica, los obstáculos que se presentan para la configuración de una verdadera jurisprudencia arbitral son variados.⁶²

La primera y más evidente dificultad radica en el carácter confidencial que afecta a muchos laudos y procedimientos arbitrales. La importancia de este dato provoca incluso que el discurso sobre el precedente en el arbitraje sea prácticamente inescindible de la cuestión de la confidencialidad.⁶³ Como se sabe, ésta, a pesar de la existencia de toda una serie de matices, excepciones y límites que permiten afirmar que la confidencialidad ya no es lo que era,⁶⁴

⁶⁰ Los términos utilizados son muy explícitos: “las decisiones de estos tribunales forman progresivamente una jurisprudencia que es preciso tener en cuenta en tanto ésta deduce las consecuencias de la realidad económica y se adecúa a las necesidades del comercio internacional, a las cuales deben responder reglas específicas, elaboradas progresivamente, del arbitraje internacional”.

⁶¹ Acerca de esta desigual repercusión en el Derecho comparado, ver el desarrollo hecho por A. DIMO-LITSA en el capítulo 2 de este libro. Ver también P. LEBOULANGER, “L’extension de la clause d’arbitrage”, en J.C. RIVERA / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 21), pp. 23-38. En América Latina, ver la particular consagración legislativa en el Derecho arbitral peruano (art. 14 del Decreto Legislativo 1071 de 2008); ver F. CANTUARIAS SALAVERRY / R.J. CAIVANO, “La nueva Ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”, *RPA*, n.º 7, 2008, pp. 59-61.

⁶² Ver B. OPPETIT (nota 58), pp. 393-394.

⁶³ Aunque los trabajos que ponen en relación ambas cuestiones son innumerables, cabe citar particularmente el de A. MOURRE (nota 56), pp. 39-65, quien retoma a su vez otro, muy conocido, de J.D.M. LEW, “The case for the publication of arbitral awards”, *Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 223-232.

⁶⁴ Ver *infra*, notas 104-110 y texto al que acompañan.

sigue teniendo una considerable significación en el arbitraje comercial.⁶⁵ En cambio, su influencia se encuentra progresiva y sensiblemente reducida en ciertos arbitrajes especializados. Con todo, en aquél o en éstos, resulta claro que la publicación de las decisiones puede fomentar la previsibilidad sin que esto implique necesariamente la uniformidad. Es más, desde cierto punto de vista, si así se lo desea, la confidencialidad podría preservarse, mediante una publicidad convenientemente “anonimizada”.

Varios argumentos se han ensayado para discernir la razón esencial de que en el arbitraje de inversiones y —más aún— en el arbitraje deportivo el precedente arbitral esté cobrando una enorme importancia. Sin menospreciar ninguna otra razón,⁶⁶ desde un punto de vista práctico parece evidente que la jurisprudencia arbitral ha tenido más posibilidades de desarrollarse en aquellos ámbitos en los cuales los laudos son sistemáticamente publicados y, por ende, fácilmente accesibles. El conocimiento de los laudos adoptados en el marco del arbitraje comercial internacional —cuando dicho conocimiento es posible—, es todavía en muchos casos fragmentario y poco fiable, ya que sus fuentes esenciales suelen ser las referencias puntuales realizadas por los tribunales judiciales de anulación o ejecución, los comentarios contenidos en publicaciones académicas o noticias periodísticas, o los extractos de laudos en forma anónima,⁶⁷ a veces sumamente escuetos, facilitados por las instituciones arbitrales.

Otro elemento, ciertamente vinculado con el anterior, que puede esgrimirse como obstáculo para desarrollar una jurisprudencia arbitral tiene que

⁶⁵ Ver el Informe “Confidentiality in international commercial arbitration”, adoptado en 2010 por el Comité sobre *International Commercial Arbitration* de la *International Law Association* (<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>). Ver también el capítulo 8 de este libro, a cargo de E. SILVA ROMERO.

⁶⁶ En el arbitraje de inversiones, la paulatina aceptación de escrutinio público, concretado especialmente en la admisión de la participación de *amici curiae*, desempeña un papel preponderante, ya que dicha participación difícilmente puede ser eficaz si la mayor cantidad de información posible no es puesta a disposición del público. Ver B. STERN, “Un petit pas de plus: l’installation de la société civile dans l’arbitrage CIRDI entre État et investisseur”, *Rev. arb.*, 2007, pp. 3-43.

⁶⁷ Son muy interesantes, en este sentido, los esfuerzos desarrollados en el ámbito de la *Camera Arbitrale* de Milán para optimizar la publicación de laudos. Ver A. MALATESTA / R. SALI (dirs.), *Arbitrato e riservatezza. Linee guida per la pubblicazione in forma anonima dei lodi arbitrali*, Milano, Cedam, 2011. Valga mencionar que hace casi cuarenta años que la CCI publica extractos de los laudos adoptados en su ámbito.

ver con la disparidad entre los tribunales y la falta de contacto entre ellos. Tal obstáculo, sin embargo, es más aparente que real. De hecho, no existe en el arbitraje de inversiones, donde el número de árbitros e incluso el de estudios jurídicos que representan a las partes es muy reducido. Podría pensarse que la situación es muy diferente en el arbitraje comercial en general, a raíz de su notable expansión en las últimas décadas. Pero, en realidad, al menos en lo que respecta a los árbitros, la “comunidad” sigue siendo relativamente pequeña y la inmensa mayoría de sus miembros están en contacto de forma casi permanente. Además, los laudos más relevantes, ya sea por los autores de los mismos y/o por la importancia de la materia o el carácter novedoso de la decisión acuñada, son conocidos de una u otra manera con muchísima celeridad.

Alguien podría también afirmar que aunque los árbitros se conozcan y coincidan en uno o varios tribunales arbitrales, así como en los innumerables coloquios y conferencias en materia de arbitraje, la posibilidad de fijar posiciones comunes que puedan constituir precedentes *de iure* o *de facto* está considerablemente limitada por las diferencias culturales entre ellos. A primera vista el argumento parece sólido, ya que hasta en los casos en que la tradición jurídica a la que pertenecen los árbitros es básicamente la misma, la formación y la posición cultural de ellos pueden ser muy distintas y esto podría volverse una barrera infranqueable en la búsqueda de decisiones dotadas de autoridad. En cambio, si se lo somete a un análisis más profundo, el argumento se vuelve fofo y dos constataciones emergen nítidas. De un lado, aunque las diferencias en la tradición jurídica y en la cultura de los árbitros pueden tener un impacto en ciertos enfoques o actitudes en el transcurso del procedimiento arbitral,⁶⁸ el arbitraje internacional es cada vez más un híbrido formado por elementos de diferentes raíces, dentro del cual cualquier árbitro que se precie de tal se siente bastante cómodo y se maneja razonablemente bien. De otro lado, aunque las deliberaciones para llegar al laudo no sean siempre pacíficas y a veces culminen dando lugar a un voto en disidencia, rara vez esas diferencias tienen algo que ver con el *background* cultural de los árbitros, sino más bien con la identificación de algún árbitro con la posición de la parte que lo nombró; además, en la inmensa mayoría de los casos, el laudo expresa la síntesis equilibrada de las visiones de los árbitros.

⁶⁸ P. LALIVE, “Cultural differences and international arbitration”, *Euromoney*, vol. 9, 1995, pp. 13-15.

Una dificultad más seria podría encontrarse en la competencia entre las decisiones arbitrales y las que emanan de otras fuentes decisoras, señaladamente, de los tribunales judiciales nacionales o supranacionales. Parece claro que por muy buena y apropiada que sea una decisión adoptada por un tribunal arbitral, si ella es contradicha por una decisión judicial su valor como precedente se verá menguado, como mínimo, dentro del ámbito propio de eficacia de esta última. Es verdad que fuera de dicho ámbito y, bajo determinados parámetros, hasta dentro del mismo, el laudo arbitral podrá desplegar toda su fuerza respecto de las partes en litigio, pero su consolidación como jurisprudencia arbitral será sin dudas más complicada.

Finalmente, la falta de un tribunal superior “de casación” que asegure la coherencia y que pueda de algún modo refrendar el carácter autoritativo de un precedente constituye un obstáculo incontestable para la configuración de una auténtica jurisprudencia arbitral. El otorgamiento de tal carácter depende, en términos generales, de la receptividad —en cierta medida espontánea— y de las decisiones convergentes de otros tribunales arbitrales, las cuales deberán, a su turno, ser conocidas. Esto es bastante complicado en el arbitraje ad hoc. Se ha sugerido que en algunos arbitrajes institucionales, en cambio, podría existir cierto limitado “control” de la coherencia en el examen previo del laudo realizado por las instituciones,⁶⁹ que las faculta para llamarle la atención al tribunal sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia (CCI) o sobre cuestiones fundamentales de principio (TAS). No parece ser esa la forma en que ejercen dichas instituciones esa facultad, pero aun admitiendo que ellas puedan eventualmente aprovechar el examen previo para erigirse en guardianas de la coherencia, los que deciden son siempre los árbitros.

En el arbitraje institucional de inversiones que se desarrolla en el marco del CIADI, es evidente que ni la publicidad masiva de los laudos ni la existencia de un mecanismo propio y autosuficiente de anulación⁷⁰ han logrado llevar la coherencia a las decisiones respecto de todas las cuestiones que allí se plantean. El ejemplo de las divergencias acerca del alcance y los efectos de la noción de

⁶⁹ Ver, por ejemplo, los artículos 33 del Reglamento de arbitraje de la CCI y R59, 2.º párrafo del Reglamento del TAS.

⁷⁰ El cual, dicho sea de paso, viene de ser sometido a un exhaustivo escrutinio por el propio CIADI. Ver <http://icsid.worldbank.org/icsid/FrontServlet?requestType=ICSIDNewsLettersRH&actionVal=ShowDocument&DocId=DCEVENTS13>.

“estado de necesidad” es tan conocido como preocupante.⁷¹ Sin embargo, es también evidente que sobre otras cuestiones sí se ha logrado algo así como un consenso interpretativo. En los casos en que tal consenso no es posible, la cuestión sería determinar el tribunal y el o los mecanismos para lograr una interpretación “uniforme”, la cual podría tener un alcance general o limitado a algún instrumento en particular.

En este sentido, varias vías se han explorado o propuesto.⁷² Una consiste en resolver los problemas de interpretación que se detectan en las controversias particulares mediante la elaboración de una interpretación “auténtica” llevada a cabo por los Estados partes del tratado afectado. Así, tratados como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA-DR) institucionalizaron un mecanismo de este tipo, otorgándole a las respectivas comisiones de libre comercio (integradas por representantes de los Estados partes de rango ministerial) el rol de intérpretes oficiales, disponiendo específicamente el carácter vinculante de sus interpretaciones para los tribunales arbitrales en materia de inversiones.⁷³ La vía de la interpretación “oficial” de los instrumentos internacionales en materia de arbitraje también se ha explorado más allá del ámbito particular del referido a las controversias inversor-Estado.⁷⁴

Cabe también preguntarse si una interpretación “oficial” de los términos de un tratado de inversiones es posible aun en ausencia de un mecanismo específico previsto de antemano, recurriendo lisa y llanamente al procedimiento

⁷¹ Y eso cualquiera sea la posición del observador. Comparar, por ejemplo, J.E. ÁLVAREZ, “The public international law regime governing international investment”, *Recueil des Cours*, t. 344, 2009, pp. 377-394, con S.D. FRANCK, “The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: Privatizing public international law through inconsistent decisions”, *Fordham L. Rev.*, 2005, pp. 1521 ss.

⁷² Ver S.D. FRANCK (nota 71), pp. 1601 ss.; Ch. SCHREUER / M. WEINIGER (nota 32); F. GRISEL, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, Paris, Fondation Varenne, 2011, pp. 243-260.

⁷³ Artículo 1131, párrafo 2.° del TLCAN; artículo 10.22, párrafo 3.° del CAFTA-DR. Ver también el artículo 37 del TBI Modelo de Estados Unidos (2012).

⁷⁴ Así, por ejemplo, el Consejo del MERCOSUR adoptó una declaración interpretativa (CMC/Acta n° 1/02, párr. 10.1) señalando que el Acuerdo sobre Arbitraje de 1998 debía interpretarse en el sentido de que permite a las partes elegir libremente el Derecho aplicable respetando el orden público internacional. La CNUDMI misma adoptó, al momento de reformar la Ley Modelo en 2006, sendas recomendaciones para la correcta interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 a fin de que se tengan en cuenta las reformas introducidas respecto de la forma del convenio arbitral en el artículo 7 de la Ley Modelo.

arbitral establecido en tal tratado. El arbitraje iniciado el 28 de junio de 2011 por Ecuador contra Estados Unidos en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya ilustra algunas aristas de este problema.⁷⁵ Se trata de una de las múltiples controversias particulares originadas en el ya tan célebre como controvertido caso *Chevron*, en la cual Ecuador solicita que un tribunal arbitral determine la correcta interpretación de la expresión “medios eficaces” contenida en el artículo II.7 del TBI en vigor entre los dos países.⁷⁶ Más allá de las opiniones enfrentadas de las partes acerca de si existía o no una verdadera controversia entre ellas al respecto y de si, en todo caso, el tribunal arbitral sería competente para decidirla,⁷⁷ lo más interesante para nosotros es la discusión sobre los efectos que la eventual interpretación de dicho tribunal podría haber tenido sobre los otros tribunales arbitrales y judiciales llamados a decidir diferentes aspectos de la saga. Lo que es muy probable es que si el tribunal hubiera decidido brindar la interpretación solicitada, no sólo la decisión podría tener una influencia considerable sobre otros tratados que utilizan la misma terminología, sino que además la opción elegida por Ecuador se erigiría en una vía válida para obtener una interpretación “auténtica” de los tratados (en el mejor de los casos) y en un mecanismo heterodoxo de apelación (en el peor de ellos). La idea de un verdadero mecanismo de apelación, de todos modos, no debe sonar como algo extraño, toda vez que uno de los Estados implicados en este asunto (Estados Unidos) lo contempla como posibilidad en su

⁷⁵ Los elementos del caso pueden consultarse en http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1455. El tribunal rechazó la demanda el 29 de septiembre de 2012.

⁷⁶ Artículo II.7: “Cada parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión”. El origen de esta controversia se encuentra en el laudo parcial del tribunal arbitral CPA del caso *Chevron c. Ecuador* de 30/03/2010 que condenó a este último a indemnizar a la demandante por los daños causados a ésta por la demora indebida en la sustanciación de siete casos iniciados por la empresa TexPet (posteriormente adquirida por la demandante) ante los tribunales ecuatorianos, en lo que configuró, según el tribunal arbitral, una violación de la norma transcrita. Ecuador solicitó la anulación del mencionado laudo antes los tribunales holandeses, país sede del arbitraje.

⁷⁷ Las preguntas claves serían: “¿Puede una disputa concerniente a la interpretación de un tratado ser presentada a un tribunal internacional, en ausencia de una disputa sobre la aplicación del tratado? En particular, cuando una cláusula compromisoria estipula el arbitraje de disputas ‘concernientes a la interpretación o aplicación’ de un tratado, ¿puede un tribunal ejercer jurisdicción en circunstancias en que la disputa en cuestión concierna únicamente a la interpretación del tratado y no incluya una alegación de que el Estado demandado violó el tratado?” (conforme se expresan en la opinión experta de A. PELLET, presentada a favor del Ecuador el 23/05/2012).

TBI Modelo de 2012.⁷⁸ De hecho, el CIADI estuvo analizando la posibilidad dentro de su ámbito⁷⁹ y se han hecho fundadas propuestas sobre un órgano de apelación único global.⁸⁰

Otro mecanismo propuesto para alcanzar la coherencia y, de este modo, facilitar la configuración de una jurisprudencia arbitral se inspira en la cuestión prejudicial presente en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y —siguiendo ese modelo— en otros sistemas de integración económica.⁸¹ La idea parece interesante⁸² y puede ser de mucha utilidad en la medida en que se logre un acuerdo sobre el quién y el cómo. Cabe preguntarse, además, si un mecanismo como este podría funcionar en el arbitraje comercial.

IV. ¿Deberían tenerse más en cuenta los precedentes en el arbitraje?

Después de haber constatado que nada impide legalmente a los árbitros la utilización de precedentes para justificar el contenido de sus decisiones y que la mayor parte de los obstáculos invocados son cuanto menos relativamente superables, resta cuestionarse por la necesidad de los árbitros de poner en práctica la facultad de la que disponen, más allá de cualquier obligación legal de hacerlo. Se trata, sin lugar a dudas, de la pregunta más importante. El hecho de que los tribunales arbitrales se interroguen sistemáticamente acerca de la jurisprudencia arbitral sobre las cuestiones particulares de Derecho o de procedimiento que les han sido sometidas y acerca de lo que deben hacer en

⁷⁸ Artículo 28, párrafo 10. En la anterior versión de su TBI modelo (2004), también se preveía la posibilidad de la apelación en el anexo D.

⁷⁹ Ver Ch. SCHREUER / M. WEINIGER (nota 32).

⁸⁰ Que se inspiraría, *mutatis mutandis*, en el Órgano de Apelación de la OMC. Ver S.D. FRANCK (nota 71), pp. 1617-1625. Ver, sin embargo, los trabajos recogidos en K.P. SAUVANT / M. CHISWICK-PATTERSON (dirs.), *Appeals mechanism in international investment disputes*, Oxford, OUP, 2008, esp., pp. 231 ss., algunos muy escépticos al respecto, y D. McRAE, "The WTO appellate body: A model for an ICSID appeals facility?", *JIDS*, vol. 1, 2010, pp. 371-387.

⁸¹ Ver los artículos 267 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea, 22.k del Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia y 32 a 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

⁸² T.W. WÄLDE, "Alternatives for obtaining greater consistency in investment arbitration: An appellate institution after the WTO, authoritative treaty arbitration of mandatory consolidation?", *TDM*, vol. 2, n° 2, 2005, pp. 75-77; G. KAUFMANN-KOHLER, "Is consistency a myth?", en E. GAILLARD / Y. BANIFATEMI (nota 2), p. 147.

caso de identificar un precedente (si ignorarlo, seguirlo o justificar esmeradamente su descarte), constituye una actitud que envuelve cuestiones de gran calado, cuyas respuestas y las consecuencias de éstas implican una toma de posición acerca de la función misma del arbitraje y de su situación dentro de la gobernanza del comercio internacional *lato sensu*. De hecho, aunque muchos de los autores que se han pronunciado sobre la necesidad de desarrollar una jurisprudencia arbitral se decantan por la negativa, la cuestión sigue siendo controvertida y, habida cuenta del rol central que ha ido ganando el arbitraje, su elucidación resulta hoy más trascendente que nunca. Vale la pena, entonces, exponer y comentar algunos de los argumentos esgrimidos en un sentido y en otro, a efectos de contribuir a la evolución del debate.

1. Argumentos en contra y sus refutaciones

Uno de los argumentos que se han invocado para negar la necesidad de propender al desarrollo de una jurisprudencia habitual consiste en afirmar que la finalidad del arbitraje internacional no es la de crear un cuerpo de normas coherentes desde que, por definición, pueden aplicarse normas de diferentes Derechos. Sin meterse mucho en el argumento, uno podría estar tentado de darlo por bueno. Bien mirado, en cambio, no resiste demasiado. Es de una claridad meridiana que una controversia internacional determinada, sea ésta sometida al arbitraje o a la justicia estatal, puede quedar regida por diferentes reglas, dependiendo esto, en buena medida, de la voluntad de las partes. Y si se aborda la cuestión en general y no en relación con un litigio específico, esa posibilidad resulta aún más patente ya que todos los ordenamientos están potencialmente implicados en la resolución de las controversias internacionales. Incluso en un ámbito tan homogéneo como el arbitraje de inversiones, no se necesita ser muy avisado para percatarse de que cada controversia particular suele estar regida por un tratado singular de los miles que reglamentan la protección recíproca de inversiones. Ahora bien, colegir de allí que esa obviedad es un obstáculo para generar precedentes en la materia es confundir un poco las cosas. Así como todos esos tratados difieren en muchos detalles, todos utilizan conceptos y expresiones que son comunes a todos ellos,⁸³ lo que ha permitido, sin ningún tipo de artificios y con notable aprovechamiento,

⁸³ Ver E. GAILLARD, "L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements - Les états dans le contentieux économique international", *Rev. arb.*, 2003, n° 3, p. 859; D.M. PRICE, "Some

utilizar los fundamentos de las decisiones alcanzadas dentro del ámbito de aplicación de un tratado o de un contexto normativo determinado fuera de él⁸⁴ y hasta elaborar “modelos” de TBI. Algo similar ocurre respecto del arbitraje comercial. Puede suceder que la diferencia de contexto tenga una influencia sólo relativa a la hora de decidir cuestiones como el alcance de la voluntad de las partes, la autonomía de la cláusula arbitral o la extensión de ésta a terceros no signatarios, por ejemplo.

No muy lejano del anterior, otro argumento para justificar la ausencia de desarrollo de la jurisprudencia arbitral podría ser que la falta de doctrina del precedente es una de las ventajas del arbitraje, ya que permitiría a los árbitros basarse más sobre las necesidades de las partes del litigio concreto que sobre argumentos concebidos probablemente en otro contexto.⁸⁵ Del mismo modo, se evitaría que los árbitros redacten sus laudos para el gran público, pensando en el impacto que van a tener para la evolución del arbitraje, lo que podría llegar a fomentar una manifestación más del síndrome del árbitro *prima donna*.⁸⁶

También se ha dicho que un tribunal no puede decidir por todos los tribunales futuros. Así en la conocida cita del caso CIADI *SGS c. Filipinas*,⁸⁷ puede leerse:

no hay ninguna jerarquía entre los tribunales internacionales, e incluso si existiera una, no habría ninguna razón válida para permitir al tribunal ante el cual se ha presentado la primera demanda que resuelva todas las cuestiones para los otros tribunales.⁸⁸

observations on chapter eleven of NAFTA”, *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, 2000, p. 423; J P. COMMISSION (nota 47), pp. 157-158.

⁸⁴ Un ejemplo significativo es el del número de decisiones emanadas del Tribunal Irán-Estados Unidos que han sido citadas por los tribunales del CIADI. Ver Ch.S. GIBSON / Ch.R. DRAHOZAL, “Iran-United States Claims Tribunal precedent in investor-State arbitration”, *JIA*, vol. 23, 2006, pp. 521-546.

⁸⁵ Ver los términos de la discusión hace treinta años en Y. DERAIS (nota 4), pp. 82-83 y el comentario de B. GOLDMAN, p. 97.

⁸⁶ En la terminología usada por U. DRAETTA (nota 9), pp. 58-59.

⁸⁷ Ver *supra* nota 33. Ver también *Corp. & Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/01/03, Decisión sobre jurisdicción (14/01/2004), párrafo 40.

⁸⁸ *SGS c. Filipinas*, párrafo 97.

Aunque la frase sea acertada, tomarla al pie de la letra y descontextualizada podría llevar a una caricaturización de la jurisprudencia, la cual siempre puede cambiar y, de hecho, cambia, aun sobre los temas más “sagrados”. Por eso vale la pena recordar lo que el Tribunal Arbitral del caso mencionado dice antes y después de esa frase. Antes deja claro a qué noción de jurisprudencia se está refiriendo:

No hay una doctrina del precedente en el derecho internacional, si por precedente se entiende una regla [que imponga] el carácter obligatorio de una decisión singular.⁸⁹

Y después precisa aún más la idea al manifestar que:

La resolución de las difíciles cuestiones jurídicas discutidas en [el caso] *SGS v. Pakistán* y también en la presente decisión, debe quedar inicialmente para los mecanismos de control establecidos por el TBI y por el Convenio CIADI y, a largo plazo, para el desarrollo de una opinión jurídica común o jurisprudencia constante.⁹⁰

Es decir que el Tribunal, si por un lado sostiene que un tribunal no puede tener la pretensión de acuñar un precedente obligatorio ni la obligación de seguir la decisión de otro tribunal determinado, se manifiesta claramente por la configuración de una jurisprudencia a partir de la repetición de soluciones.⁹¹

⁸⁹ *SGS c. Filipinas*, párrafo 97.

⁹⁰ *SGS c. Filipinas*, párrafo 97.

⁹¹ Con estas precisiones, no parece del todo adecuado tomar este laudo como un “contraejemplo” a la regla del precedente, como se hace en P. DUPREY, “Do arbitral awards constitute precedents? Should commercial arbitration be distinguished in this regard from arbitration based on investment treaties”, en E. GAILLARD et ál. (dirs.), *Towards a uniform international arbitration law*, Huntington (NY), Juris, 2005, pp. 283-288. Esto, por no entrar en las razones concretas que habrían llevado al tribunal a actuar de esta manera (ver J. PAULSSON, “Awards-and awards”, en A.K. BJORKLUND / I.A. LAIRD / S. RIPINSKY (dirs.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, London, BIICL, 2009, p. 104). Por otro lado, nótese que el tribunal arbitral se refiere a los “tribunales internacionales” y al “derecho internacional”; no habla específicamente del arbitraje. En ese contexto, resulta un lugar común referirse a la posición subalterna (“auxiliar” y en el mismo rango que la doctrina) que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reserva a las decisiones judiciales en cuanto fuente del Derecho internacional, el cual tampoco menciona al arbitraje. Sin embargo, la propia Corte ha citado más de una vez laudos dictados en arbitrajes entre Estados (lo que tiene mucha lógica, ya que los casos que decide también son entre Estados)

Finalmente, podría esgrimirse lo que sería un “gran argumento de relatividad” según el cual, por mucho que los árbitros se esmeren en seguir el precedente, su esfuerzo puede revelarse vano si el caso termina finalmente frente a los tribunales de justicia y éstos echan por tierra lo que los árbitros decidieron. En realidad dicho argumento no iría en contra de la existencia del precedente *de facto* —el cual, bien al contrario, quedaría confirmado en la hipótesis por la decisión del segundo tribunal arbitral—, sino que indicaría una cierta relatividad del mismo. Pero claro que se trataría de una relatividad “geográfica” (por no utilizar el redundante “relativa”), ya que lo que la decisión rechazada por los tribunales de un Estado puede desplegar toda su efectividad en otros, como tantas veces sucede.

2. Argumentos a favor

De todos los argumentos que militan a favor de que los árbitros tomen en consideración seriamente los precedentes y contribuyan a la creación y consolidación de una jurisprudencia arbitral, la necesidad de coherencia aparece, por evidencia, en un destacado primer plano.⁹² No es preciso repetir que la coherencia nunca será absoluta.⁹³ Las contradicciones forman parte de las relaciones humanas, y el Derecho, como regulador de ciertos aspectos de éstas, no está ni puede estar librado de su producción. La coherencia de la que hablamos es una actitud más que un resultado terminante. Con esta inteligencia, de lo que se trata es de buscar que ninguna decisión arbitral contradiga groseramente una solución o una tendencia generalmente aceptada, a menos que se proporcione una explicación clara y circunstanciada de por

y, sobre todo, ha mostrado tradicionalmente un gran apego por las decisiones previas de la misma Corte, pese a que el artículo 59 del Estatuto señale que “[L]a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

⁹² Acerca de las dificultades para lograr la coherencia y de los mecanismos sugeridos para ello, ver *supra*, punto III.2.

⁹³ Lo mismo sucede respecto de cualquier ordenamiento jurídico, aun en aquellos donde impera la doctrina del precedente. Ver F. PERRET, “Is there a need for consistency in international commercial arbitration?”, en E. GAILLARD / Y. BANIFATEMI (nota 2), p. 33. Contra, A. PINNA, “Le concept de jurisprudence arbitrale et son application à la matière sportive”, *Gazette du Palais*, 17/10/2006, n° 290, pp. 23 ss., para quien la inexistencia de obligación legal y de homogeneidad descartaría la idea de una jurisprudencia arbitral, afirmando que a los laudos anteriores se les puede reconocer un valor semejante al de la doctrina.

qué tal solución o tendencia deben ser dejadas de lado, ya sea en general o en el particular contexto del caso concreto.⁹⁴

De este modo, el argumento de la coherencia queda estrechamente emparentado con la loable pretensión de mejorar el Derecho del arbitraje, ya que el esfuerzo para justificar el descarte de una decisión autoritativa anterior, lleva necesariamente a un mayor despliegue de argumentos.⁹⁵ Afirmar que es lícito llegar a conclusiones diferentes es solemnizar lo obvio. Decir que los casos anteriores no puedan decidir los casos futuros es un intento absurdo de ridiculizar una idea seria. No es imaginable que alguien sensatamente crea que la existencia de una jurisprudencia arbitral significa eso. Bien entendida, la doctrina del precedente (*de facto*) no debe impedir la evolución del Derecho del arbitraje sino, precisamente, asegurarla. Toda vez que un precedente se ha configurado con la repetición de una solución determinada, con el consenso en torno a ella, su presencia sólo añade un grado más de exigencia al intérprete / aplicador.⁹⁶ Cuando todavía el consenso no se ha decantado sobre un punto en particular, el análisis cuidadoso de la jurisprudencia puede permitir privilegiar los buenos razonamientos por sobre los débiles.⁹⁷

⁹⁴ De más está decir que para que se pueda hablar de coherencia es necesario que el contexto sea, sino exactamente el mismo, al menos significativamente comparable. En este sentido, el hecho de que dos situaciones estén regidas por distintos derechos no impide necesariamente la producción de la coherencia. Ver, sin embargo, J.-M. JACQUET (nota 2), p. 448.

⁹⁵ Con independencia de lo afortunadas o no que puedan ser las respectivas decisiones, es interesante observar cómo el tribunal arbitral del caso *ICS Inspection and Control Services Limited c. Argentina* (caso CPA n° 2010-9, bajo el Reglamento de arbitraje de la CNUDCI de 1976, Laudo sobre jurisdicción, 10/02/2012, párrs. 263-273) tuvo que esforzarse en explicar por qué su decisión sobre el plazo de dieciocho meses exigido por el TBI, aplicable para intentar una resolución del litigio ante los tribunales judiciales del Estado receptor antes de iniciar el procedimiento arbitral, no debía seguir la línea trazada en el caso *Abaclat* (supra, nota 50, Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 4 de agosto de 2011) que resolvió un problema similar. Para una encarnizada discusión sobre la misma cuestión del plazo de dieciocho meses y su vinculación con la cláusula de nación más favorecida (extensamente tratada en *ICS c. Argentina*), ver *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, caso CIADI n° ARB/05/1, Laudo de 22/08/2012 (y opinión disidente de Ch.N. BROWER).

⁹⁶ Pasar de la mera citación a la identificación de un precedente exige un esfuerzo considerable pero indispensable por parte de los árbitros. Ver D. DI PIETRO, "The use of precedents in ICSID arbitration: Regularity or certainty?", *IALR*, 2007, pp. 92-103.

⁹⁷ En este sentido, J. PAULSSON, "International arbitration and the generation of legal norms: Treaty arbitration and international law", en A.J. VAN DEN BERG (dir.), *International arbitration 2006: Back to basics?* (ICCA Congress Series, vol. 13), Kluwer, 2007, p. 889; A. RIGO SUREDA, "Precedent in investment treaty arbitration", *International investment law for the 21st Century. Essays in honour of Christoph Schreuer*,

Es de suponer que (en el mejor de los casos) detrás de la resistencia a la formación de una jurisprudencia arbitral se oculta una sana preocupación por la preservación de la libertad de los árbitros, sin la cual éstos pueden ver comprometida su capacidad para adecuar la solución a las especificidades del caso concreto o, lo que es lo mismo, para dictar un laudo justo. Pero nadie habla de cercenar esa libertad sino, simplemente de que esa libertad se inscriba en el marco de lo que razonablemente puede esperarse. Es probable, como alguien ha dicho,⁹⁸ que las partes no hayan tenido o no hayan podido tener en cuenta los precedentes arbitrales. Eso, como es obvio, no implica que no exista una expectativa razonable sobre la cuestión en juego. Ella va más allá de lo atentas o experimentadas que sean las partes. Y, sobre todo, cuando las partes o sus abogados tienen cierta familiaridad con el arbitraje esas expectativas no sólo pueden aumentar, sino que pueden convertirse en un elemento esencial para acudir al arbitraje.⁹⁹ Desde esta perspectiva, no es exagerado afirmar que la coherencia puede ser también un punto a favor del poder de atracción del arbitraje.¹⁰⁰

No obstante ello, debe quedar claro que no se trata meramente de una opción. La jurisprudencia arbitral es indispensable en determinados ámbitos especializados en los cuales existe una suerte de “competencia exclusiva o predominante” de determinadas instituciones arbitrales como el CIADI en el arbitraje de inversiones, el TAS en el arbitraje deportivo, o ciertos marcos precisos que engloban muchos arbitrajes que reúnen características comunes.¹⁰¹ Es lógico que se piense que en ámbitos en los cuales están en juego intereses generales (arbitraje de inversión) o asuntos de mucha repercusión pública global (arbitraje deportivo), la coherencia adquiere un valor añadido

Oxford, OUP, 2009, p. 842. Hasta puede obligar a un árbitro a explicar su cambio de posición respecto de un caso anterior, como hace D. BELLO JANEIRO en su opinión separada en *Daimler c. Argentina* (nota 95).

⁹⁸ N. BÉGUIN (nota 6).

⁹⁹ Según K.-H. BÖCKSTIEGEL, son las expectativas de las partes y de sus abogados, junto al respeto profesional por otros tribunales, lo que funda el *nobile officium* de todos los árbitros (tanto en casos comerciales como de inversiones) de tomar en cuenta y considerar las razones y las conclusiones de casos anteriores relevantes. Ver “Introductory remarks”, en E. GAILLARD / Y. BANIFATEMI (nota 2), p. 20.

¹⁰⁰ Ver D.B. KING, “Consistency of awards in cases of parallel proceedings concerning related subject matters”, en E. GAILLARD et ál. (nota 91), p. 295.

¹⁰¹ Sería el caso de arbitrajes comerciales especializados por materia o situaciones tales como la del Tribunal de reclamaciones Irán-Estados Unidos.

que hace que la tolerancia a las disparidades interpretativas sea mucho menor. Sin embargo, tanto o más importante que esos motivos es la ausencia de concurrencia efectiva con los tribunales estatales.¹⁰² En otros términos, cuanto menor es el control judicial, mayor es la exigencia de coherencia que pesa sobre los árbitros.¹⁰³

Por eso, aunque en principio la ausencia de control judicial sólo se da en un tipo particular de arbitraje de inversiones, que es el administrado por el CIADI, la progresiva tendencia a la autonomía del arbitraje en general —o, si se nos permite, a la configuración de un ordenamiento jurídico arbitral— provoca que el respeto al precedente sea indispensable en todas sus manifestaciones. Esto implica, como ya se ha dicho, la necesidad de que la doctrina sentada en los laudos sea conocida,¹⁰⁴ lo cual sólo puede conseguirse a través de la publicación completa y localizable de los mismos. Publicar resúmenes o extractos ayuda, pero lo apropiado sería la publicación completa a través de un mecanismo centralizado.¹⁰⁵ En el marco del arbitraje de inversiones —como también sucede en el arbitraje deportivo—,¹⁰⁶ la tendencia a la transparencia se ha ido imponiendo paulatinamente a pesar de cierta reticencia política y de los obstáculos técnicos u operacionales para plasmarla en los textos normativos y para implementarla en la práctica. Las tensiones producidas en el seno del Grupo de trabajo de arbitraje de la CNUDMI en su intento de elaborar un instrumento sobre la transparencia para regir los arbitrajes entre Estados

¹⁰² De esta forma, el arbitraje puede cumplir, en cierta medida, la función normativa que los poderes públicos no pueden desempeñar. Ver H. MUIR WATT, “Économie de la justice et arbitrage international (Réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation)”, *Rev. arb.*, 2008, pp. 412-413. En un sentido similar, poniendo el acento en la elaboración de una jurisprudencia arbitral como legitimadora de tal función, se expresa W.M.C. WEIDEMAIER (nota 55), pp. 1950-1951, 1954.

¹⁰³ Este elemento parece más decisivo que el que apunta a la relación inversa entre —por un lado— el grado de evolución del Derecho en determinado ámbito y —por otro— la exigencia de los decisores de seguir el precedente y, de este modo, obtener coherencia. Ver G. KAUFMANN-KOHLER (nota 82), pp. 144-145.

¹⁰⁴ La preocupación no es nueva. Hace casi cincuenta años, P. FOUCHARD (*L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 451) ya vinculaba la aspiración de contar con un ordenamiento jurídico autónomo para el comercio internacional con la necesidad de que los laudos arbitrales fueran conocidos.

¹⁰⁵ En este sentido, A. MOURRE (nota 56), pp. 56-58.

¹⁰⁶ De hecho, el Reglamento del TAS ha invertido la regla de la confidencialidad. En efecto, según el último párrafo del artículo R59, el laudo, un resumen y/o un comunicado de prensa sobre el resultado del procedimiento arbitral es publicado salvo que las partes determinen que el arbitraje debe permanecer confidencial.

e inversores extranjeros,¹⁰⁷ testimonian de sobra esos inconvenientes.¹⁰⁸ Pero no se trata de una tendencia que afecta exclusivamente el arbitraje de inversiones. En el campo del arbitraje comercial, decisiones judiciales de diversas jurisdicciones y significativas reformas legislativas demuestran que las críticas respecto de la confidencialidad son algo más que una moda,¹⁰⁹ sobre todo si la palabra se refiere a algo limitado en el tiempo o en el espacio.¹¹⁰ La noción misma de confidencialidad parece haberse debilitado como “principio” en el arbitraje, debilidad confirmada por la ausencia de sanciones efectivas contra su violación. De hecho, sin dejar de constatar que leyes y sobre todo reglamentos recientes siguen apostando por la confidencialidad, es evidente que ella no es lo que era y que significativos Estados tradicionalmente amistosos con el arbitraje no lo cuentan ya como un elemento esencial del arbitraje, en particular, del arbitraje internacional. De hecho, hoy por hoy, nadie que quiera asegurarse la confidencialidad (y en la medida en que esto sea posible) dejará de pactarla expresamente.¹¹¹

Con todo, el argumento en contra más tenaz es el que afirma que la jurisprudencia arbitral es imposible de lograr. En el epígrafe anterior, al hablar de las dificultades para que la configuración de una jurisprudencia arbitral pueda llevarse a cabo, ya matizamos algunos de los obstáculos habitualmente invocados sobre este particular. A modo de complemento de esos matices, cabe agregar unos argumentos que, al menos en determinadas circunstancias, pueden coadyuvar a tal fin. A nuestro parecer, algo que puede ser decisivo de

¹⁰⁷ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / M.P. PERALES VISCASILLAS, “Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva”, *Revista de Derecho Comparado*, 2012, pp. 64-66.

¹⁰⁸ Para una exposición dramática de los mismos, ver el capítulo 8 de este libro.

¹⁰⁹ Como lo creía S. LAZAREFF, “L’arbitre singe ou comment assassiner l’arbitrage”, *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, París, cci, 2005, p. 483.

¹¹⁰ Como lo hace la definición dada por la Real Academia Española: “uso, modo o costumbre que está en boga durante algún tiempo, o en determinado país...”.

¹¹¹ Así, en el nuevo Decreto de arbitraje francés, aprobado el 13/01/2011 y en vigor desde el 01/05/2011, la confidencialidad sólo opera en el arbitraje internacional si las partes así lo estipulan. Ver E. GAILLARD / P. DE LAPASSE, “Le nouveau droit français de l’arbitrage interne et international”, *Dalloz*, 2011, p. 184. Para una interpretación diferente, Ver Ch. JARROSSON / J. PELLERIN, “Le droit français de l’arbitrage après le décret du 13 janvier 2011”, *Rev. arb.*, 2011, pp. 60-61. Th. CLAY, sin posición clara al respecto, prefiere abogar por un pronto pronunciamiento judicial que reestablezca la confidencialidad, en “Liberté, égalité, efficacité: la devise du nouveau droit français de l’arbitrage. Commentaire article par article”, *JDI*, 2012-3, pp. 829-831.

cara a la coherencia de la jurisprudencia es la existencia de ciertas reglas sustantivas “propias” de un sector más o menos determinado (como los Incoterms, las Reglas y usos uniformes sobre el crédito documentario, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los contratos estandarizados en algunos ámbitos como la construcción, etc.), cuya aplicación habitual y generalizada provoca una tendencia natural hacia la uniformización de su interpretación. No es que sea necesario esforzarse muchísimo. Un gran número de decisiones sobre esas cuestiones, tanto arbitrales como judiciales, es fácilmente consultable en sitios bien contruidos y de acceso gratuito. Sobre todas esas cuestiones de Derecho sustantivo, en principio, es más habitual usar sentencias judiciales que laudos arbitrales como precedentes, pero la cuestión varía cuando los laudos son disponibles.

Además, si en el marco judicial nacional, internacional o supranacional, *una sola decisión* del máximo órgano judicial (corte suprema, tribunal regional de derechos humanos, tribunal de justicia comunitario, respectivamente) alcanza o puede alcanzar “autoridad”, el rol de la jerarquía puede ser desempeñado en el arbitraje por la *cantidad* de decisiones en el mismo sentido.¹¹² Se ha insistido en que la repetición de una solución demostraría, a lo sumo, la existencia de una jurisprudencia arbitral, y que una cosa es eso y otra es que esa jurisprudencia constituya una fuente del Derecho. Dicho argumento estaría vinculado con la idea de que, incluso en los sistemas jurídicos en los que no existe la doctrina del precedente, el juez respeta el punto de vista de la corte suprema porque no quiere sufrir la “sanción” de la casación, y que tal cosa no existe en el arbitraje.¹¹³ También se ha afirmado que la obligación de los árbitros de seguir escrupulosamente los precedentes sería de medios y no de resultado.¹¹⁴ Se ha dicho incluso que el culto del precedente puede ser tan “peligroso” como su desprecio.¹¹⁵ Con todos los matices necesarios, no hay mucho que reprochar a esos planteos, pero ellos no disminuyen un ápice el

¹¹² Ch. LARROUMET, “A propos de la jurisprudence arbitrale”, *Gazette du Palais*, n° 348, 2006, pp. 5 ss.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ C. KESSEDJIAN, “To give or not to give precedential value to investment arbitration awards?”, en C.A. ROGERS / R.P. ALFORD (dirs.), *The future of investment arbitration*, Oxford, OUP, 2009, p. 67.

¹¹⁵ G. GUILLAUME, “Le précédent dans la justice et l’arbitrage international (Lalive Lecture)”, *JDI*, n° 3, 2010, n° 84.

carácter “obligatorio” del precedente en el arbitraje, como mínimo en la dimensión moral del término.¹¹⁶

V. Comentarios finales

El arbitraje se ha convertido en el medio normal para resolver las controversias en un amplio espectro de materias relativas al comercio y a la economía global. Hoy en día, hasta cuestiones que afectan los intereses generales y, directa o indirectamente, los derechos humanos son sometidas al arbitraje. Paralela y paradójicamente, una parte importante de la actividad arbitral, incluyendo a los laudos que derivan de ella, se mantiene fuera del conocimiento del público aunque, teniendo en cuenta los desafíos en presencia y el papel fundamental alcanzado por el arbitraje en la resolución de los litigios internacionales, la confidencialidad que lo ha caracterizado tradicionalmente es puesta en duda cada vez más seriamente. Es preciso afirmar, no obstante, que el acceso al contenido de los laudos arbitrales es una condición necesaria pero no suficiente para la formación de una jurisprudencia arbitral. Para ello, es indispensable la toma de conciencia de los árbitros sobre la relevancia adquirida por el arbitraje y su convencimiento acerca del carácter esencial que la coherencia debe desempeñar en ese contexto. Un orden jurídico que quiera seriamente comportarse y ser percibido como tal no puede permitirse que las decisiones que produce parezcan más el resultado de decisores caprichosos o interesados que auténticas atribuciones de justicia, coherentes y razonables.

Con ese entendimiento, cabe afirmar que si bien no rige en el arbitraje una doctrina del precedente *de jure* aplicable de manera rígida o absoluta — con todos los matices que hemos realizado respecto de los diferentes ámbitos en los que éste se manifiesta —, sí puede y debe existir un análisis sistemático y concienzudo de las decisiones conocidas, no sólo a fin de optimizar la solución del caso concreto, sino también en cuanto herramienta fundamental para la evolución virtuosa del Derecho arbitral. Cuanto más extendida sea la publicidad, obviamente, más posibilidades habrá para la realización de estos

¹¹⁶ La cual, dicho sea de paso y acudiendo otra vez a la Real Academia, encaja perfectamente en el significado del sustantivo “obligación”, cuyas primeras tres acepciones son: aquello que alguien está obligado a hacer; imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre; vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos. En un sentido similar, refiriéndose en particular al arbitraje de inversiones, ver G. KAUFMANN-KOHLER, “Is consistency a myth?” (nota 82), p. 144.

objetivos y para la consecuente mejora en la calidad de la gobernanza de las relaciones económicas y comerciales internacionales. La publicidad sistemática no alcanzará tal vez a eliminar pero sí a minimizar la influencia de ciertos factores extrajurídicos en las decisiones arbitrales.