

415), tales afirmaciones devienen, pues, dogmáticas y brindan sustento solo aparente a lo resuelto, desde que el derecho a contar con una vivienda digna no puede serle opuesto como condicionante a quien no tiene la obligación de satisfacerlo.

Lo dicho en absoluto obsta a que volvamos a adherir, con énfasis, a la preocupación manifestada por nuestros tribunales por hacer efectiva la garantía constitucional de la vivienda. Esos precedentes se ubican en la línea de diversos fallos de la Corte que exigen a los funcionarios públicos responsables de las áreas respectivas la adopción de medidas para tutelar de modo concreto y eficaz otras garantías esenciales, por caso, la salud y la defensa del ambiente.

Los mismos deben ser elogiados y apoyados por todo aquel que se interese en la vigencia plena del orden jurídico.

Lo que hemos querido aclarar aquí es la necesidad de identificar con precisión sobre quién recae la responsabilidad de satisfacer esos derechos, sin cuyo goce el texto constitucional no supera el terreno de las buenas intenciones.

## Juicio de árbitros

Nulidad del laudo. Derecho aplicable. Compraventa de acciones: reajuste del precio. Servicio público. Emergencia económica.

- 115.044 — CNCom., sala C, 2009/12/09 (\*) — EDF International S. A. c. Endesa Internacional (España) y otros. (Publicado en *La Ley*, 2010/12/01).

Corresponde declarar la nulidad del laudo dictado por la Cámara de Comercio Internacional en un arbitraje motivado en desavenencias entre las partes que celebraron un contrato de compraventa de acciones de una empresa distribuidora de energía eléctrica, relativas a la procedencia del reajuste del precio de las ac-

ciones vendidas si en el aludido contrato se pactó que dicho reajuste solo sería procedente en caso de que se produzca una modificación del tipo de cambio antes del 31/03/2001 o una alteración del cuadro tarifario, y el tribunal arbitral tuvo por configurados los presupuestos del reajuste con sustento en la prohibición de

transferencias al exterior establecida por el decreto 1570/201 y en el incremento del costo de distribución de la electricidad, pues al decidir de ese modo se desentendió del derecho aplicable, según el cual la modificación del tipo de cambio sólo se produjo con la sanción de la ley 25.561, y que en el derecho administrativo vigente regía el mantenimiento de las tarifas de los servicios públicos.

(\*) Citas legales del fallo n° 115.044: leyes nacionales 23.928 (*Adla*, LI-B, 1752); 24.065 (*Adla*, LII-A, 82); 25.561 (*Adla*, LXII-A, 44); dec. nacional 1570/2001 (*Adla*, LXII-A, 65).

## Nulidad del laudo arbitral por la no aplicación del derecho elegido por las partes\*

Por Julio César Rivera

**Sumario:** 1. Aclaración previa sobre el alcance de esta nota. 2. El caso. 3. Crítica de la sentencia judicial. 4. Aplicación de estas nociones al caso: ¿cómo llega el tribunal judicial a la conclusión de que el laudo no aplica el derecho argentino? 5. Conclusiones

### 1. Aclaración previa sobre el alcance de esta nota

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha anulado el laudo arbitral dictado en la causa EDF International SA c/ Endesa Internacional y otros.

Nuestro comentario se ciñe al pronunciamiento judicial, pues no hemos tenido oportunidad de leer el laudo anulado, aclaración que resulta pertinente para comprender que las críticas que se hacen a la sentencia judicial se limitan a ciertos aspectos de la doctrina que ella sienta sin que ello importe descartar que el laudo hubiera incurrido en errores o aun en excesos respecto de la misión encomendada por las partes a los árbitros.

En otras palabras: es posible que el laudo mereciera censura, pero lo que aquí pondremos en tela de juicio no es eso, sino algunos de los argumentos vertidos por la Cámara de Apelaciones para llegar a encajar el asunto en alguna causal de

\* Publicado en *La Ley*,  
01/12/2010

nulidad de las previstas por el Código Procesal.

## 2. El caso

### 2.1. El contrato entre las partes

En el año 2001 dos compañías otorgaron un contrato de compraventa de acciones, que fue integrado con un acuerdo complementario y una carta-acuerdo.

Mediante el primero de estos acuerdos, las partes establecieron un mecanismo de reajuste del precio que se haría en función de una revisión tarifaria que las partes estimaron se realizaría en 31 de agosto 2002.

Por el segundo, definieron una *contingencia* constituida por una alteración del tipo de cambio que si se producía antes del 31/12/2001 daría lugar a una compensación a favor de una de las partes. Concretamente la cláusula definía la contingencia como la “desvinculación del tipo de cambio oficial del peso argentino con el dólar de los Estados Unidos, cualquiera que sea la causa que la produzca”.

El contrato preveía arbitraje CCI, sede Buenos Aires, y derecho aplicable el argentino. Así fue expuesto por el tribunal arbitral al puntualizar que “el contrato sería regido e interpretado conforme a las leyes de la República Argentina”, agregando “Por consiguiente el tribunal deberá aplicar el derecho sustantivo argentino a la interpretación del contrato, así como a la carta complementaria y la carta acuerdo [...]”.

### 2.2. El laudo

Con relación a la *desvinculación* del tipo de cambio de la moneda argentina con el dólar de los Estados Unidos, el tribunal arbitral la tuvo por producida antes del 31 de diciembre de 2001.

Para ello consideró que la expresión *desvinculación* comprendía causas o acontecimientos basados en derechos o hechos.

Lo que le permitió argumentar que si bien la convertibilidad fue eliminada formalmente por ley 25561 el 6 de enero de 2002, antes de ello existieron una serie de disposiciones cam-

biarias y administrativas que impidieron girar dólares al exterior en vigor desde el 20/12/2001. Y sobre la base de un “contexto económico y sociopolítico dentro del cual el feriado cambiario fue declarado e implementado por el BCRA”, concluyó que ese feriado había significado una alteración de las bases mismas de la convertibilidad dispuesta por la ley 23.928 (*Adla*, LI-B, 1752).

En cuanto a la revisión tarifaria que daría lugar al otro ajuste de precio, nunca tuvo lugar. Sin embargo, el tribunal arbitral hizo lugar a la compensación prevista, pues, para la mayoría del tribunal, lo que importaba era otra variante, el costo de distribución, que a su juicio efectivamente había tenido una alteración significativa.

Con lo cual hizo lugar a la demanda y a la reconvencción, disponiendo una compensación entre ambos créditos y el pago del saldo no compensado.

### 2.3. La sentencia judicial

La sentencia anuló íntegramente el laudo, o sea en cuanto hizo lugar a demanda y reconvencción.

Ha de apuntarse que el tribunal judicial partió de la idea de que su competencia se limitaba al examen de la validez formal del laudo, lo que supone verificar que no ha habido una falta esencial en el procedimiento, que el laudo se ha dictado dentro del plazo y que el pronunciamiento se ha ajustado a los puntos comprometidos, con lo que se ajusta a las causales de nulidad previstas en el Código Procesal.

Para llegar a la nulidad, la sentencia estatal arguye entonces que “el laudo exhibe una falta procedimental toda vez que no se fundó en el derecho sustantivo argentino elegido por las partes en el compromiso arbitral”.

Esto no quiere decir que el laudo se haya fundado en el derecho sueco. Por el contrario, el laudo tuvo en cuenta no solo la ley de convertibilidad, la ley modificatoria del régimen de convertibilidad 25.561 sancionada el 6 de enero de 2002, sino también toda una serie de disposiciones del BCRA y administrativas que establecieron el feriado bancario e impidieron la realización de operaciones con divisas a partir del 20 de diciembre de 2001, con lo cual –como se dijo– concluyó que la *desvincula-*

*ción* del tipo de cambio con el dólar de los Estados Unidos acaeció antes del 31 de diciembre aunque la ley 25.561 (*Adla*, LXII-A, 44) haya sido sancionada el 6 de enero.

Para el tribunal judicial esto no es aplicar el derecho sustantivo argentino, pues, según su construcción:

[...] el tribunal arbitral debió decidir lo que estimara pertinente en derecho, pero sobre la base de que la desvinculación predicada en el 'acuerdo complementario' no se había producido antes del 31/12/01. El Tribunal Arbitral, en vez de centrarse en que la convertibilidad no se había derogado jurídicamente, ingresó en el examen de puntos que se hallaban ajenos a la cláusula compromisoria, es decir, hizo evaluaciones relacionadas con las consecuencias socioeconómicas de actos administrativos, numerosos y de dispar alcance. De allí que aludiera en numerosas ocasiones a lo que ocurría en la realidad o en la práctica. Esto [...] resultó impropio de un arbitraje de derecho, que tuvo la necesidad de basarse en determinar si había habido una modificación en el plano jurídico normativo. Confirma esto el hecho de que los árbitros debían laudar conforme el derecho sustantivo y objetivo argentino [...] Desde tal perspectiva se observa en el laudo, un apartamiento de lo comprometido por las partes en el acta de misión en punto a la ley aplicable. En otras palabras, el laudo [...] no es una derivación razonada del derecho vigente al tiempo en que los hechos debían suceder [...].

Con similares argumentos despoja de validez al laudo en cuanto admitió la reconvencción que reconoció la compensación a favor de una de las partes a pesar de no haber mediado la revisión tarifaria formal.

### **3. Crítica de la sentencia judicial**

#### **3.1. Alcance de la jurisdicción del tribunal judicial**

La sentencia judicial comienza por establecer de manera concreta cuales son los límites de su jurisdicción. Así, en el considerando 13 dice que

[...] cabría la declaración de nulidad del laudo [...] en caso de advertirse configuradas circunstancias que la justifiquen en los términos de la normativa antedicha (se refiere al art. 760 CPCCN), bien entendido que la nulidad que aquí pueda declararse no significará un juicio sobre el fondo de las controversias sobre las que ha versado el arbitraje. Al respecto es propicio recordar que esta Sala [...] no podría ingresar en una apreciación sustancial de lo debatido [...] En otros términos, se efectuará aquí un examen de validez formal del laudo.

No hay duda de que en este punto el tribunal judicial se ajusta a la ley vigente y concluye acertadamente que su jurisdicción no alcanza a la revisión del fondo, esto es, no puede ingresar a valorar cómo el tribunal aplicó el derecho. El recurso de nulidad no comprende el error del tribunal en la aplicación del derecho elegido.

### **3.2. Las causas de la nulidad**

La sentencia judicial —como viene de señalarse— tiene clara conciencia de los límites de la jurisdicción causada en el recurso de nulidad: así, entiende que el tribunal de la nulidad no puede entrar a revisar cómo el tribunal arbitral aplicó el derecho a la causa y por ello sus atribuciones se limitan a verificar que no ha habido una falta esencial en el procedimiento, que el laudo se ha dictado dentro del plazo y que el pronunciamiento se ha ajustado a los puntos comprometidos, con lo que se ajusta a las causales de nulidad previstas en el Código Procesal.

El tribunal encontró una falla procedimental esencial en el laudo

[...] toda vez que no se fundó en el derecho sustantivo argentino elegido por las partes en el compromiso arbitral” y que al actuar así se observa en el laudo, un apartamiento de lo comprometido por las partes en el acta de misión en punto a la ley aplicable. En otras palabras, el laudo [...] no es una derivación razonada del derecho vigente al tiempo en que los hechos debían suceder.

En definitiva la sentencia judicial encuentra las siguien-

tes causales de nulidad:

- Falla procedimental en el laudo
- Apartamiento de lo comprometido
- Arbitrariedad del laudo

Pero todas estas causales están sostenidas en un hecho único: que el tribunal arbitral no aplicó al caso el derecho argentino aplicable, y así actuó en definitiva como un tribunal de equidad y no de derecho.

### 3.3. Análisis en abstracto de las causas de nulidad invocada

El tribunal judicial invoca una “falta esencial del procedimiento”, a la vez que apartamiento de lo comprometido y arbitrariedad del laudo por no ser una derivación razonada del derecho vigente.

Ello obliga en primer término a determinar el alcance de las causales de nulidad previstas por el ordenamiento procesal aplicable que, en el caso, teniendo el arbitraje sede en Buenos Aires, es el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

#### 3.3.1. La falta esencial del procedimiento

El art. 760 del CPCCN admite el recurso de nulidad fundado en “falta esencial del procedimiento”, mientras que el art. 761, bajo el acápite “Laudo nulo”, dice: “Será nulo el laudo que contuviere en la parte dispositiva disposiciones incompatibles entre sí”, agregando en el tercer párrafo: “Si el proceso se hubiese sustanciado regularmente y la nulidad fuese únicamente del laudo, a petición de parte el juez pronunciará sentencia[...]”

El texto alude a falta en el *procedimiento* y por ello se vincula este recurso con estrictas cuestiones de trámite que se denuncian a través de una vía de gravamen excepcional y puramente contingente. De allí se parte para afirmar que el órgano revisor debe analizar únicamente el vicio *in procedendo* y, en su caso, corregir y devolver las actuaciones para continuarlas a partir del acto que motivó la impugnación. En fin, se concluye que el artículo 760 está pensando en los errores de procedimiento mientras que el artículo 761 se refiere a los errores de congruencia del laudo<sup>1</sup>.

En esta orientación se ha dicho que por falta esencial del procedimiento se entiende aquella que implique un quebran-

1. GOZAÍNI, Osvaldo A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. III, comentario al art. 760, n° 3.1., p. 598, 2ª edición.

tamiento serio e inequívoco de la garantía constitucional de la defensa en juicio<sup>2</sup>, o cuando se omiten las formalidades prescriptas en el compromiso o en la ley procesal o se viola la bilateralidad del proceso<sup>3</sup>; en fin, alude a la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado las garantías de regularidad del contradictorio<sup>4</sup>. Ello es compatible con el hecho de que si bien las partes son libres de establecer las reglas procedimentales que estimen conducentes y los árbitros tienen poderes para dirigir el procedimiento, existe una garantía indelegable que es la del debido proceso y que se manifiesta en que las partes deben ser tratadas de manera igualitaria, han de tener la posibilidad de exponer suficientemente su caso, producir prueba y controvertir la ofrecida por la otra.

Sin embargo, la violación en *el laudo* del principio de congruencia puede ser considerada como una falta esencial del procedimiento en los términos del art. 760<sup>5</sup>.

Del mismo modo, el laudo que omitió pronunciarse sobre puntos comprometidos –hipótesis no contemplada en el texto del art. 760– puede ser nulificado bajo la causal de “falta esencial del procedimiento”.

Entonces, no sería en principio cuestionable que el tribunal encuentre una falla esencial en la construcción del laudo que por su naturaleza y gravedad pudiera afectar la garantía de defensa en juicio y la subsuma en la causal de nulidad del laudo legalmente identificada como “falta esencial del procedimiento”.

Claro es que también se ha señalado que en estos casos el juez debe actuar con suma prudencia para discernir entre el límite de la formalidad intrascendente y los recaudos mínimos a que debe ceñirse cualquiera que ejerza una función jurisdiccional<sup>6</sup>; pero teniendo siempre en cuenta que el recurso de nulidad no es una vía idónea para cuestionar la justicia de los decidido por los árbitros ni para salvar presuntos errores *in iudicando*, los que solo pueden ser reparados por vía de la apelación<sup>7</sup>.

### 3.3.2. La no aplicación del derecho elegido como falta esencial del procedimiento

En el caso concreto que comentamos la sentencia judicial achaca al laudo una violación realmente sería: no haber aplicado el

2. PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. IX, p. 167.

3. CNCom., sala C, 21/11/2001, “Cortefilms Argentina S. A. c. Seb Argentina”, publicado en *El Derecho*, t. 196, p. 620. En CNCom., sala D, 25/10/2006, Decathlon España S. A. c. Bertone, Luis, *El Derecho* del 25/4/2007, se dijo que la falta esencial del procedimiento se relaciona a vicios de orden formal que pudiesen haber afectado las garantías de regularidad del contradictorio.

4. CNCom., sala D, “Mobil Argentina S. A. c. Gasnor S. A.”, 8/8/2007, inédito.

5. CAIVANO, Roque J., “Recursos en el arbitraje”, *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal & Culzoni, 1999, n° 2, p. 310, con cita de CNCom., sala B, 10/8/1993, *El Derecho*, t. 154, p. 373.

6. CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 291, 2ª. ed.

7. CNCom., sala D, 25/10/06, “Decathlon España S. A. c. Bertone, Luis”, *El Derecho*, 25/4/2007.



derecho elegido por las partes.

En el ámbito de los arbitrajes de inversión esta es una causal de nulidad de generalizado reconocimiento<sup>8</sup> y aun en el marco reducidísimo del Código Procesal importaría un vicio en tanto significaría apartamiento de lo convenido por las partes y una afectación de la garantía del debido proceso.

Claro es que para ello debería haber un apartamiento franco del ordenamiento explícitamente elegido por las partes. Tal es lo que sucedió en algunos casos bastante conocidos en la literatura sobre la materia<sup>9</sup>, en los que se invocó la insuficiencia de la ley elegida para sustituirla por otra determinada exclusivamente por el árbitro. Hemos señalado antes de ahora que este apartamiento por la atribuida *insuficiencia* de la ley aplicable es inaceptable, pues en realidad es una excusa para excluir la ley aplicable según la elección de las partes por otra a satisfacción de los árbitros. Es cierto que la ley elegida puede presentar lagunas, lo cual puede suceder en leyes no sofisticadas cuanto en la más desarrollada, pero en ese caso las lagunas se completan por la aplicación de la analogía o los principios extraídos de la ley o de las reglas de derecho que las partes han elegido<sup>10</sup>. En cambio no hay tal apartamiento cuando las partes no han hecho una elección clara y concreta; tal como sucedió en la sucesión de contratos en que las partes hacían una referencia a la *natural justice* y que el tribunal arbitral terminó resolviendo por aplicación de los principios Unidroit<sup>11</sup>.

8. Ver nota extendida p. 178

9. Ver nota extendida p. 178

10. RIVERA, Julio C., *Arbitraje comercial. Internacional y doméstico*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007, cap. X, n° 20 A, p. 553.

11. Sobre el tema, *vid.* GRIGERA NAÓN, Horacio, "Choice of Law. Problems in International Commercial Arbitration", *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 2001, vol. 289; RIVERA, Julio C., *op. cit.*, cap. X, n° 17 D c, pp. 545 y ss.

### 3.3.3. *Laudo arbitrario: error de derecho, no aplicación del derecho aplicable, exceso de facultades*

La Cámara de Apelaciones afirma también que el laudo no es una derivación razonada del derecho vigente. Es decir que ha utilizado una expresión usual en la jurisprudencia de la Corte Suprema para identificar a las sentencias arbitrarias y como tales inconstitucionales y susceptibles de anulación.

Ello plantea entonces una difícil cuestión que deriva en dos preguntas:

- si el tribunal judicial llamado a entender en el recurso nulidad puede efectivamente anular el laudo por ser éste *arbitrario* en el sentido que a tal expresión le da la juris-

prudencia de la Corte Suprema de Justicia, y

- si tal arbitrariedad puede deducirse del grosero error de derecho en que pueda haber incurrido el tribunal arbitral al laudar.

Antes de ahora hemos abordado la cuestión al tratar de la ejecución de los laudos extranjeros<sup>12</sup>. Recordamos allí que según la opinión de Boggiano una sentencia arbitral extranjera que pudiera ser calificada de arbitraria no sería ejecutable, pues afectaría la garantía del debido proceso y por ello violaría la garantía del orden público; y tal criterio es el consagrado en la decisión de la Cámara de Apelaciones en el caso “Ogden” por la que se rechazó la ejecución de un laudo considerado arbitrario<sup>13</sup>. Dijimos entonces que es valiosa la solución propuesta por Boggiano y que emana del precedente comentado, pues se presenta como una reacción frente a una crítica que se hace al arbitraje internacional y que consiste en que éste no impide la ejecución de laudos inicuos, en los que los árbitros han prescindido verdaderamente del derecho aplicable<sup>14</sup>.

Tal criterio sería expandible al recurso de nulidad, pues si el laudo arbitrario afecta la garantía del debido proceso, estaríamos ante una hipótesis de falta esencial del procedimiento prevista por el art. 760 del Código Procesal.

De todos modos no se nos escapa una objeción evidente a este criterio, que reside en la dificultad en establecer *ab initio* los criterios de distinción entre: (i) prescindencia del derecho aplicable y error de derecho; y (ii) error de derecho que podríamos llamar *acceptable* y error de derecho *grosero* que transforma al laudo en iniquo o importa lisa y llana prescindencia del derecho aplicable.

Ya hemos visto que en precedentes en casos CIADI se ha hecho el distingo entre error de derecho y prescindencia del derecho aplicable. Y también comentamos como en el caso “Sempra c. Argentina” el Comité *ad hoc* encuentra la sustitución del derecho aplicable por otro de manera clara en tanto el tribunal arbitral había aplicado el derecho internacional consuetudinario en lugar el TBI.

Pero tal distingo no se presenta siempre de manera prístina. Así lo reconoció el comité *ad hoc* de anulación en la decisión vertida en el caso “Enron c. República Argentina”<sup>15</sup>. Tratando de la “extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal arbi-

12. *Vid.* RIVERA, Julio C., *op cit.*, cap. XIII, n° 19 F h, p. 745.

13. CNCom., sala C, 20/9/2004, “Ogden Entertainment”, *La Ley*, t. 2005-B, p. 21.

14. NOUËL, Philippe, “*La disparition de la règle de droit en arbitrage international*”, en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, París, ICC, 2005, cit., p. 565, n° 12 a 14, a partir de p. 571; y su cita de LOQUIN, Eric, en nota 7.

15. Resolución anulatoria del 30 de julio de 2010.

tral” como causal de anulación (art. 52, 1 b del Convenio), dice: “Esta causal de anulación también puede existir en los casos en que el tribunal ignora la legislación aplicable o funda el laudo en una legislación distinta a la aplicable conforme al art. 42 del Convenio del CIADI” (#67). No obstante, hay una diferencia entre la *falta de aplicación* de la legislación aplicable (que es una causal de anulación) y la *aplicación incorrecta* de la legislación aplicable (que no lo es). Sin embargo, esta distinción no siempre puede hacerse con facilidad” (#68; enfatizados en el original).

El siguiente tema, esto es, si el error de derecho en sí mismo puede constituir una extralimitación de facultades del tribunal arbitral bajo el Convenio de Washington, fue abordado en la decisión del comité *ad hoc* en el caso Sempra. Y sobre el punto el comité dice:

Es correcto argüir —como también lo hace Argentina— que ciertos comités *ad hoc* se han ocupado de este tema y han opinado, por ejemplo, que la aplicación incorrecta del derecho puede constituir una extralimitación manifiesta de facultades si *esta implica la efectiva desestimación del derecho aplicable* (#163 con cita de AMCO). Como propuesta general, este comité no desea descartar totalmente la posibilidad de que un error de derecho pueda, en una situación excepcional, ser de una notoriedad tal que importe una extralimitación notoria de facultades (#164).

Pero deja aquí la cuestión, pues a continuación expone que, habiendo llegado a la conclusión de que el tribunal arbitral había lisa y llanamente prescindido del derecho aplicable, “es innecesario que el Comité continúe debatiendo si debería trazarse una línea específica que separe un error de derecho que justifique la anulación de uno que no lo hace” (#165).

En fin, puede concluirse que el recurso de nulidad comprende, en la noción de *falta esencial del procedimiento*, a la violación de la garantía del debido proceso que se produce con el laudo arbitrario o inicuo; y que tal arbitrariedad puede derivar de un grosero error de derecho que importe efectivamente la prescindencia del derecho aplicable. Como en todos los casos, tal criterio debe ser aplicado con suma prudencia, pues no se trata de crear una suerte de instancia revisora del mérito del laudo; en de-

finitiva, deberían aplicarse rigurosamente las pautas ya de por sí limitadas que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, autorizan la calificación de una sentencia como arbitraria.

### 3.3.4. *Laudo de equidad*

La sentencia anulatoria achaca al laudo el apartamiento del derecho aplicable al caso y el haber actuado entonces como tribunal de equidad.

Siendo un procedimiento bajo las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, es claro que el tribunal arbitral debió dictar el laudo conforme al derecho aplicable y que solo estaría legitimado para resolver en equidad si las partes lo hubiesen autorizado expresamente para ello (art. 17).

No resultaría dudosa la nulidad del laudo dictado en equidad sin tal expresa autorización de las partes. Aunque, como veremos, no es lo mismo utilizar argumentos de equidad que laudar en equidad.

### 3.3.5. *Conclusiones parciales y fuera de los hechos del caso*

De lo expuesto podemos concluir:

- La *falta esencial del procedimiento* comprende las incongruencias del laudo que importaran una violación de la garantía del debido proceso.
- El mero error de derecho no es una falta esencial del procedimiento, pues no afecta la garantía del debido proceso.
- Existe una afectación de la garantía del debido proceso cuando el laudo merece la calificación de arbitrario a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, aplicada con sumo cuidado y restricción.
- La no aplicación del derecho elegido por las partes –o por los mismos árbitros cuando están legitimados para ello– constituye una violación de la garantía del debido proceso y por ello encaja en la noción de falta esencial del procedimiento; tal sucede, por ejemplo, cuando los árbitros de derecho resuelven en equidad (v. lo que decimos más abajo distinguiendo *argumentos de equidad* de *laudo de equidad*); también acaecería si los árbitros lisa y llana-

16. Recordamos que la CSN ha anulado sentencias en las cuales el a quo ha incurrido en un manifiesto y querido apartamiento del precepto legal que debió haberse aplicado (Fallos 306:1472), así como las que derogan, inaplican, mutilan, alteran o crean intencionalmente un texto legal (Fallos 319:1855). Ello ha llevado a Sagüés a afirmar que “la sentencia arbitraria que ‘arremete contra la ley’ asume tal condición porque el juez se rebela contra el derecho. Pero si el magistrado descarta (para el caso concreto, en la Argentina) la norma inconstitucional, o cubre un vacío al no poder juzgar so pretexto de silencio u oscuridad normativa (art. 15 Código Civil) o reconoce una mutación ya operada en el derecho consuetudinario, no incurre en sedición jurídica y su sentencia no es arbitraria”. Vid. SAGÜÉS, Néstor, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. 2, n° 376, pp. 161 y ss, 4ª ed. El tribunal arbitral también puede descartar las normas inconstitucionales. Vid. RIVERA, Julio C., “Cuestiones constitucionales en el arbitraje”, *Revista DeCITA*, Cedep, n° 9.2008.

17. La jurisprudencia de la CSN es constante en el sentido de declarar inconstitucionales las sentencias fundadas solamente en la voluntad de los jueces; vid. SAGÜÉS, Néstor, *op. cit.*, t. 2, n° 379 y la multitud de casos que cita.

mente sustituyeran el derecho elegido por las partes por otro por considerar a aquél insatisfactorio o insuficiente como en los casos que hemos expuesto más arriba.

- El error grosero de derecho solo es una causa de nulidad del laudo por afectación de la garantía del debido proceso, cuando implique una lisa y llana omisión de aplicación del derecho aplicable<sup>16</sup> y su sustitución por una norma *creada* por el tribunal arbitral<sup>17</sup>.

#### 4. Aplicación de estas nociones al caso: ¿cómo llega el tribunal judicial a la conclusión de que el laudo no aplica el derecho argentino?

Hemos anticipado que la sentencia judicial encuentra las siguientes causales de nulidad:

- Falla procedimental en el laudo
- Apartamiento de lo comprometido
- Arbitrariedad del laudo

Pero también hemos puntualizado que todas estas causales están sostenidas en un hecho único: que el tribunal arbitral no aplicó al caso el derecho argentino aplicable, y así actuó en definitiva como un tribunal de equidad y no de derecho.

Con lo cual para valorar la sentencia judicial debemos determinar si esto efectivamente ha sido así. En fin: ¿ha habido realmente una sustitución del derecho positivo argentino por la pura equidad?

A ello dedicamos los párrafos que siguen.

##### 4.1. Algunas afirmaciones nucleares de la sentencia judicial: su alcance

La sentencia judicial exhibe algunas afirmaciones que revelan que el tribunal estatal no se ajustó a los límites de su jurisdicción establecidos por el art. 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que él mismo invoca, sino que entró a una verdadera revisión de cómo el tribunal arbitral –según su juicio– desinterpretó el derecho argentino de fondo aplicable a la resolución del caso.

En este sentido destaco que la sentencia judicial en uno de sus

párrafos esenciales dice: “[...] el tribunal arbitral debió decidir lo que estimara pertinente en derecho, pero sobre la base de que la desvinculación predicada en el *acuerdo complementario* no se había producido antes del 31/12/2001”.

Es obvia la petición de principios que contiene este párrafo de la sentencia del tribunal mercantil en tanto impone al tribunal arbitral una premisa sobre justamente lo que constituía el núcleo del asunto: en efecto, según la sentencia anulatoria el tribunal arbitral *debió* partir de que la desvinculación no se había producido antes del 31/12/2001.

Y ello es una derivación de que según el tribunal judicial la única interpretación posible del derecho argentino es que la tal desvinculación se produjo con la ley 25.561.

Claramente, a mi juicio, la sentencia de la Cámara Comercial excedió el análisis de forma para entrar en la revisión de cómo el tribunal arbitral aplicó el derecho argentino. O sea que actuó como un verdadero tribunal de apelación.

Ello se evidencia cuando afirma que “El Tribunal Arbitral, en vez de centrarse en que la convertibilidad no se había derogado jurídicamente [...] ingresa en una serie de argumentos basados en el examen y análisis de otra legislación (resoluciones del BCRA, decretos, etc.)”.

Para llegar a esa conclusión el tribunal judicial debe descartar estos argumentos de la sentencia arbitral y entonces dice: “esto [...] [el análisis de las consecuencias socioeconómicas de actos administrativos, numerosos y de dispar alcance] resultó impropio de un arbitraje de derecho, que tuvo la necesidad de basarse en determinar si había habido una modificación en el plano jurídico normativo”.

Y aquí el tribunal judicial no solo actúa de manera evidente como un censor del modo en que el laudo interpretó el derecho argentino sino que llega a conclusiones cuanto menos altamente opinables que analizamos en los párrafos que siguen

#### 4.1.1. ¿Qué es el derecho argentino? *Inadecuada limitación al plano jurídico normativo*

La primera afirmación de la sentencia judicial que queremos considerar es aquella según la cual la modificación de una de-

terminada situación solo debe ser analizada *en el plano jurídico normativo*.

Nos parece claro que el derecho argentino elegido por las partes para regir su contrato es mucho más extenso que el puro *plano jurídico normativo*.

En efecto: el *derecho* aplicable –aun cuando las partes se hayan referido a la *ley* de un determinado Estado – comprende todas las fuentes formales y no formales que en definitiva confluyen a integrar el sistema conocido como *derecho* de un determinado Estado.

Si llevamos esta idea al derecho argentino, el sistema de fuentes del derecho privado está establecido en el art. 16 del Código Civil, conforme al cual el juez debe resolver aplicando la *ley* –entendida esta palabra comprendiendo la *ley* en sentido formal y en sentido material – y en defecto de esta por las leyes análogas, la costumbre (art. 17) y los principios generales del derecho conforme a las circunstancias del caso.

Pero todos sabemos además que en la práctica la jurisprudencia constituye también una fuente de derecho, y es muy común –diríamos casi inexorable – que los tribunales se refieran a los precedentes existentes sobre el punto que están tratando<sup>18</sup>.

La jurisprudencia establecida en fallos plenarios –dictados por una cámara actuando en pleno – es obligatoria para los tribunales inferiores que dependen de esa cámara. Los precedentes de la Corte Suprema Nacional no son obligatorios, pero los jueces suelen ajustarse a ellos; es más, la misma Corte ha dicho más de una vez que son arbitrarios –y por ende inconstitucionales – los pronunciamientos judiciales que se apartan de la doctrina de la Corte sin dar nuevos argumentos.

Por lo demás es muy común en la práctica judicial argentina la cita de autores, tanto nacionales como extranjeros.

Desde este punto de vista entonces no parece dudoso que *el árbitro debe resolver el caso como lo haría un juez estatal*; por lo que si las partes —o los árbitros— han determinado que la ley aplicable es la argentina, los árbitros habrán de resolver aplicando los textos legales, las leyes análogas, los principios generales del derecho, interpretados y valorados a la luz de la jurisprudencia y la doctrina. Es más: si bien los árbitros no están obligados por las sentencias plenarias ni por los preceden-

18. Sobre el valor de la jurisprudencia en el derecho argentino dice Guillermo Borda: “Se discute en doctrina si la jurisprudencia debe o no ser considerada como una fuente del Derecho. Desde el punto de la lógica estricta, la razón parece estar de parte de quienes le niegan categoría de fuente sustantiva, formal e independiente, puesto que los tribunales no hacen (o mejor dicho, no dicen hacer) otra cosa que aplicar la ley: siempre es la ley la que decide el caso y es a nombre de ella que los jueces fallan. Pero si este planteo teórico parece indiscutible, la verdad es que, en la práctica, la jurisprudencia es una fuente riquísima de derechos [...]” (BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, t. I, n° 65, pp. 84-5, 11ª ed., actualizada).

tes de la Corte Suprema argentina, cumplirán acabadamente con su misión si exponen las razones por las cuales –eventualmente– se apartan de la solución que fluya de tales fuentes. Esto es, como debería hacerlo un juez argentino.

#### *4.1.2. Desconocimiento de la integración del plano jurídico normativo con las leyes en sentido material*

La sentencia judicial es concluyente en el sentido de que *el plano jurídico normativo* se agota en la ley 25.561 que derogó el 6 de enero de 2002 la convertibilidad del peso. Por ello supone como premisa que el tribunal arbitral debió partir de la que derogación de la convertibilidad recién se produjo con esta ley.

Pero lo cierto es que las resoluciones del Banco Central y otras disposiciones son también leyes en sentido material, según una doctrina absolutamente uniforme; y forman parte del mundo normativo. Con lo cual no resultó un exceso del tribunal arbitral ni una inadecuada sustitución del derecho argentino aplicable por otro el que haya tenido en consideración disposiciones que si bien no emanaron del Congreso como leyes en sentido formal, sí fueron expedidas por autoridades públicas en ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas.

En el caso concreto del valor del peso argentino y todo el régimen de convertibilidad no resulta dudoso que el Banco Central tenía competencia para disponer regulaciones. Es más: *la ley 23.928 no estableció ningún tipo de cambio oficial* –y al afirmarlo así es la Cámara la que incurre en un error de derecho– que impusiera el 1 peso = 1 dólar. En un trabajo publicado en el año 1991 con el doctor Alegría decíamos: “[...] en realidad el tipo de cambio seguirá sometido a los vaivenes del mercado libre de cambios [...]” y transcribíamos la opinión de Jorge Bustamante Alsina quien afirmaba:

La realidad del nuevo sistema instrumenta un sistema de intervención del Banco Central de la República Argentina en la regulación del mercado de cambios. En efecto, el organismo oficial ha fijado bandas en la cotización del dólar según las cuales no puede bajar de un piso variable, pues la institución que regula el sistema financiero sale al mercado a comprar divisas



norteamericanas (art. 3º), y si pasa del techo de 10.000 australes por dólar el Banco Central abre sus puertas para ofertar al público la venta en este último precio, que obviamente atraerá la demanda por ser más bajo que el del mercado.

Y acotábamos: “Claro es que esto sucederá en la medida que el Banco Central tenga reservas suficientes como para ofertar vender en las cantidades requeridas por el mercado”<sup>19</sup>.

De donde el tipo de cambio no dependía exclusivamente de la ley de convertibilidad, pues el Banco Central de la República Argentina el que tenía competencia para crear y aplicar los instrumentos y medidas necesarias para mantener o variar el tipo de cambio.

Por lo que la actuación del Banco Central en los últimos días del mes de diciembre de 2001 encajaba en sus competencias, las disposiciones que el banco dictó constituyen normas en sentido material que forman parte del derecho argentino elegido por las partes para resolver el fondo de sus controversias, y pudo ello ser interpretado por el tribunal arbitral como causando la *contingencia* definida en el contrato.

#### 4.2. ¿Interpretación de la ley o del contrato?

Nos parece que el tribunal judicial desvió el tema al no advertir que el tribunal arbitral no tenía que determinar si la convertibilidad había sido derogada<sup>20</sup>, o si había habido alguna “modificación en el plano jurídico normativo”, sino si el tipo de cambio se había *desvinculado* del dólar, con lo cual el objeto primario de la interpretación era una estipulación del contrato.

Lo que aparece como un defecto de la sentencia judicial es que *desvinculación* es una expresión del contrato que el tribunal arbitral no encontró equivalente a *derogación* o a *modificación en el plano jurídico normativo* como sí lo hace dogmáticamente la sentencia de la Cámara.

#### 4.3. Exclusión de argumentos consecuencialistas

Finalmente, resulta cuestionable —en nuestro entendimien-

19. ALEGRÍA, Héctor, RIVERA, Julio C., *La Ley de Convertibilidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 36, texto y nota 40, con cita de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., “Reflexiones en torno a la ley 23.928, llamada de Convertibilidad del Austral”, *El Derecho*, t. 143, p. 858.

20. La sentencia de la Cámara Comercial confunde convertibilidad con tipo de cambio oficial. La primera sí debía ser derogada por ley; el segundo nunca existió, ya que, por el contrario, había un mercado libre de cambios, más allá de que en los hechos el 1 x 1 operaba como “techo” de la cotización, pues de perforar ese límite, el BCRA convertiría pesos por dólares de acuerdo con esa paridad. Pero, curiosamente, esta es una consecuencia práctica, es lo que sucedía en los hechos, que es lo que el tribunal judicial critica al laudo haber ponderado.

to— que la sentencia judicial descarte el análisis de las consecuencias socioeconómicas de actos administrativos y la utilización de argumentos económicos, sociológicos o pseudopsicológicos.

Es que en la interpretación de los contratos es común en derecho argentino sostener —con fundamento explícito en los textos vigentes— que debe atenderse a su finalidad económica, que la interpretación no puede desvincularse de las consecuencias que ella tendría sobre esa finalidad económica perseguida por las partes<sup>21</sup> y por supuesto que de lo que se trata es de reconstruir la intención de las partes, esto es, lo que verosímilmente pudieron entender obrando de buena fe (art. 1198, Código Civil). Tales criterios son de aplicación permanente por los jueces.

#### **4.4. Cómo actúa el árbitro en la aplicación concreta de la ley elegida**

De acuerdo a lo que venimos destacando, la sentencia anulatoria parece limitar a los árbitros a una mera aplicación mecánica de la normativa jurídica formal, debiendo entonces prescindir de la ponderación de otra normativa y abstenerse de argumentos de realidad económica o de la ponderación de los efectos que las disposiciones de menor rango o jerarquía normativa causan en la práctica.

Parece evidente que esta no es la forma en que actúan los jueces argentinos. De ninguna manera puede predicarse que los tribunales judiciales argentinos estén atados a interpretaciones rigurosas de la ley en sentido formal o que en sus sentencias se limiten a argumentos y razonamientos jurídicos prescindiendo entonces de consideraciones de tipo económico o sociológico.

Justamente en materia monetaria los tribunales judiciales han sido extraordinariamente sensibles a los efectos de las medidas económicas. Así, en 1975 con motivo del *Rodríguez* se llegó a la revalorización de las obligaciones dinerarias; en 1981, con causa en la derogación de la *tablita cambiaria* se aplicó generosamente la teoría de la imprevisión. Y la crisis de 2001/2002 terminó resuelta por los tribunales en base a la

21. Vid. RIVERA, Julio C., “Economía e interpretación jurídica”, *La Ley*, t. 2002-F, p. 1163.

ponderación de circunstancias múltiples que comprendieron factores sociológicos, económicos, políticos y jurídicos.

Entonces la cuestión es: los árbitros que deben laudar conforme al derecho argentino están ceñidos a la aplicación rigurosa de la ley en sentido formal o pueden actuar como lo hacen los jueces argentinos.

Sobre el punto se suele reconocer como regla que en la aplicación del derecho el árbitro actúa, como mínimo, de manera análoga a como lo hace el juez estatal: es que está reconocido que la misión del árbitro es jurisdiccional, él *dice el derecho*; en eso es equiparable a un juez; la *Cour d'Appel* de París ha dicho sobre el punto que el árbitro está “enteramente asimilado a una jurisdicción en su sometimiento a las reglas de fondo, sean ellas imperativas o supletorias”<sup>22</sup>, agregándose en la doctrina que al elaborar la decisión “el árbitro debe tratar de redactar la sentencia a imagen de una decisión judicial [...]”<sup>23</sup>, mientras que en algunos ordenamientos nacionales se pone a la decisión arbitral en el mismo lugar que las decisiones judiciales<sup>24</sup>. En Argentina es muy conocido el voto del juez Casares en la vieja causa “Pacheco Santamarina c/ Café Paulista” en la cual homologó las sentencias arbitrales a las sentencias judiciales y los árbitros a los jueces

Esto significa entonces que un árbitro que resuelve conforme al derecho argentino debe tomar la noción *derecho argentino* como lo hace un juez argentino, esto es, y como lo hemos dicho comprendiendo la ley y las demás fuentes incluso las *no formales* como la jurisprudencia y la doctrina.

Y puede, para interpretar el contrato y para aplicar la ley a la solución del conflicto, hacer argumentos de realidad económica o de lo que sucedía en la práctica o en la realidad de los hechos, pues los jueces argentinos hacen esto todo el tiempo. Y no sólo en las instancias inferiores, sino incluso a nivel de la Corte Suprema<sup>25</sup>.

Además, bien se ha señalado que en el arbitraje CCI, como en otros reglamentos y normas nacionales, se prevé que “En todos los casos el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las disposiciones del contrato y los usos del comercio pertinentes”. Esta disposición implica que el árbitro puede actuar con un poder de apreciación incluso mayor que el juez

22. *Cour d'Appel*, Paris, 21/5/96, *Revue de l'Arbitrage*, 1996-625, note Viandier.

23. CLAY, Thomas, *L'arbitre*, París, Dalloz, 2001, n° 823, p. 630.

24. Sobre el derecho belga: HUYBRECHTS, Marc, VEROUGSTRÆTE, I., “Relation avec les juges”, en *L'arbitre: Pouvoirs et Statut*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 313; en particular, p. 323.

25. Con lo cual la justicia argentina se diferencia, por ejemplo, de la francesa en que a medida que se asciende en jerarquía del tribunal se encuentran decisiones más parcas en fundamentos, quizás porque la autoridad del tribunal hace que no sienta la necesidad de *convencer* con un despliegue de argumentos: LAZAREFF, Serge, “L'arbitre, est-il un juge?”, *Liber Amicorum Claude Reymond*, *Autour de l'arbitrage*, París, LexisNexis - Litec, 2004, p. 173, en particular p. 174.

estatal; se trata en definitiva de darle cierta flexibilidad que es inherente al arbitraje comercial internacional.

Aquí hallo una curiosa coincidencia entre la más autorizada doctrina internacional y una sentencia de la Corte Suprema argentina: Serge Lazareff sugiere que sería poco realista que las partes convinieran un arbitraje para que el árbitro resuelva sin ninguna flexibilidad; en concreto dice:

En efecto, por qué un tribunal arbitral antes que un tribunal estatal, si la ley debe ser interpretada de manera totalmente estricta. Estamos convencidos que, cualquiera sea la ley aplicable o la institución de arbitraje, el árbitro debe, de manera inherente a su función, no alejarse del derecho, pero sí interpretarlo con relación a los usos del comercio internacional<sup>26</sup>.

Y nuestra Corte Suprema ha dicho, en el voto singular de algunos de sus jueces, que una de las razones que puede justificar un arbitraje es que las partes quieran que se resuelva teniendo en cuenta los usos del comercio, la *lex mercatoria* de carácter internacional<sup>27</sup>.

Llevando estas ideas al caso, si lo que en él se discutía era como interpretar una expresión del contrato, la ya mentada *desvinculación*, y ello debía hacerlo a la luz del derecho argentino, los árbitros pudieron acudir no solo a las leyes en sentido formal sino a todas las otras fuentes del derecho argentino lo que incluye a las leyes en sentido material, así como a recurrir a argumentos de realidad económica, de lo que sucedía en la práctica, de lo que las partes verosímilmente pudieron entender, etc. Y además para interpretar la cláusula que contiene un término indefinido, pudieron tener en cuenta los usos del comercio internacional<sup>28</sup>.

#### 4.5. Argumentos de equidad y laudo fundado en equidad

La sentencia judicial sostiene que el laudo ha sido dictado *en equidad*. Más allá de que tal afirmación resultaría cuestionable en el caso concreto, sobre lo que queremos llamar la atención es que la sola circunstancia de que un tribunal arbitral invoque argumentos de equidad no importa apartamiento

26. LAZAREFF, Serge, *op. cit.*, p. 176.

27. CSN, 29/4/1997, "Blanco c/ Petroquímica Bahía Blanca", Fallos 320:700.

28. Así lo dice la Scotland Arbitration Act 2010: "Awards. Rule 47 Rules applicable to the substance of the dispute: [...] (3) When deciding the dispute, the tribunal must have regard to [...] (b) the normal commercial or trade usage of any undefined terms in the provisions of any such contract".

del derecho positivo, al menos en cuanto el laudo deba ser dictado conforme al derecho argentino.

En principio porque en oportunidades la ley se refiere a la equidad como una directiva hacia los jueces: arts. 907, 954, 1069, 1071 bis, 1198, 1633 (por remisión al 1198) 1638, Código Civil.

Pero además la equidad es un principio general de derecho que tiene dos funciones:

- Mitigación del rigor de la ley, aplicándola templada por la *humanitas pietas* o *benignitas*.
- Adaptación de la ley a las circunstancias del caso concreto, de tal forma que aquélla resulte más justa de lo que resultaría si tal caso se resolviese sin ponderar sus peculiaridades.

Claro es que los principios generales no son una varita mágica que permita a los jueces –ni a los árbitros– prescindir de la legalidad<sup>29</sup>. De allí que no autoricen al juzgador –estatal o privado– a crear una norma singular para el caso que sustituya a la ley aplicable<sup>30</sup>.

Por ello hemos afirmado que

[...] es labor de los tribunales superiores controlar la aplicación de los principios generales. Y si bien no son descalificables por arbitrariedad los pronunciamientos judiciales que suplen omisiones normativas mediante la aplicación del artículo 16 del Código Civil, debe tenerse en cuenta que la integración no puede hacerse al mero arbitrio o discreción del juez<sup>31</sup>.

Tal criterio es obviamente aplicable a las sentencias arbitrales y tal control corresponde a los tribunales judiciales competentes para entender en el recurso de nulidad.

29. GUASTAVINO, Elías P., "Los principios generales del Derecho", *Anales de la Academia de Córdoba*, ts. XVII y XVIII, p. 135.

30. Ver nota extendida pp. 178-179.

31. RIVERA, Julio C., *op. cit.* (cfr. nota 30), nº 122 ter, p. 169.

## 5. Conclusiones

La sentencia aporta numerosos temas para el análisis. Lamentablemente el hecho de no conocer el laudo –ni el expediente en el cual fue dictado– limita considerablemente el análisis.

De todos modos creemos que pueden extraerse algunas

conclusiones:

- El tribunal judicial ha partido de que su jurisdicción no alcanza a la revisión del mérito del laudo, debiendo limitarse a un análisis de forma a la luz de las causales de nulidad –limitadas– previstas en la *lex arbitri*, en este caso el CPCCN; sin duda esto es ajustado al derecho vigente y se adecua a un criterio universalmente aceptado.
- La causal de *falta esencial del procedimiento* comprende no sólo vicios *in procedendo*, sino también defectos del laudo que importen una violación de la garantía del debido proceso.
- La omisión de aplicación del derecho elegido por las partes –o por los árbitros cuando así correspondiera– para regir el contrato constituye una *falta esencial del procedimiento* que autoriza la declaración de nulidad del laudo.
- Es necesario distinguir entre la omisión de aplicación del derecho aplicable (y su sustitución por otro ordenamiento), del error de derecho que no autoriza la declaración de nulidad del laudo.
- El grosero error de derecho sólo podría autorizar la nulidad del laudo, cuando implique la omisión de aplicar el derecho aplicable y su sustitución por una norma derivada de la sola voluntad del juzgador.
- En el caso concreto y partiendo exclusivamente de las consideraciones hechas en la sentencia anulatoria, no se aprecia tal desviación o sustitución del derecho aplicable por una norma creada por el tribunal arbitral.
- La doctrina aparentemente sentada por la sentencia judicial, en el sentido de que el tribunal arbitral de derecho debe ceñirse rigurosamente al *plano jurídico normativo*, es errada.
- El tribunal arbitral de derecho puede y debe aplicar todas las fuentes que integran el ordenamiento jurídico que se conoce como *derecho argentino* lo que en el ámbito del derecho privado está definido en los artículos 16 y 17 del Código Civil, y abarcan entonces además de la ley en sentido formal, las leyes en sentido material, las leyes análogas, la costumbre y los principios generales

del derecho de acuerdo con las circunstancias del caso.

- Un tribunal arbitral de derecho que debe resolver conforme al derecho argentino, puede recurrir a las fuentes no formales, como la jurisprudencia y la doctrina, como lo hacen los tribunales judiciales argentinos.

- Un tribunal arbitral de derecho que debe resolver conforme al derecho argentino puede hacer argumentos de equidad y no solo en los casos en que la ley se refiere a ella, sino también como principio general de derecho a cuya luz puede interpretarse la ley y hasta mitigarse su severidad.

- En la interpretación del contrato, el tribunal arbitral pudo recurrir válidamente a argumentos consecuencialistas, y debió preferir la solución que mejor se atuviera a la finalidad económica del contrato y a la intención de las partes al celebrarlo, pues tales pautas son generalmente reconocidas en el derecho argentino y tienen reconocimiento expreso en los textos positivos así como en la jurisprudencia que los ha aplicado.

#### Notas extendidas:

8. Es una de las causales invocadas por el comité revisor *ad hoc* en la causa “Sempra Energy International c. República Argentina”, en la decisión de anulación enviada a las partes el 29 de junio de 2010. Fue invocada en otros precedentes anteriores dictados bajo las reglas del Convenio de Washington y encaja en una de las previsiones expresas del Convenio, cual es el *exceso de facultades* del tribunal arbitral.

9. Los casos paradigmáticos son: “Petroleum Development v. The Sheikh of Abu Dhabi”, en el cual el árbitro único consideró que la ley de Abu Dhabi, elegida por las partes para regir el contrato, no era suficientemente sofisticada para regir el contrato y la sustituyó por la ley inglesa en cuanto reflejo de principios universales de derecho; “Aramco”, en el cual se dijo que los vacíos de la ley de Arabia Saudita serían completados con los principios resultantes de la costumbre universal y práctica en la industria del petróleo y, de ser necesario, por insuficiencia de estos principios el tribunal tomaría en cuenta las soluciones reconocidas por la jurisprudencia y la doctrina; y “SPP”, donde también se alegó que la ley egipcia no era suficientemente desarrollada como para regir la cuestión, por lo que la sustituyeron por principios del derecho internacional público. Citados y comentados por FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, E. y GOLDMAN, B., en GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (eds.), *On International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999, n° 1512, a partir de p. 842.

30. En *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, decimos: “La aplicación de los principios generales como fuente de autointegración requiere, como dato previo, que no exista una normativa aplicable al caso. Es que los jueces deben sujetarse al sistema de fuentes. El conocido filósofo del derecho Ronald Dworkin dice que atañe a la responsabilidad del juez y al cumplimiento de su deber, el respetar tanto la jurisprudencia anterior (esté o no de acuerdo con ella) como el sistema de fuentes en general. De modo que el desconocimiento del sistema de fuentes es calificado por Dworkin como *lawless judging*, que es traducido como enjuiciamiento antijurídico o al margen del método legal. Las ideas de Dworkin sobre el punto han sido condensadas por uno de sus comentaristas, el profesor español Miguel Beltrán, del modo que sigue: -la teoría constitucional de un juez no le permite situarse al margen del sistema

de fuentes; -el juez que prefiere su propia teoría al sistema de fuentes incurre en terrorismo judicial; -no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado –en términos de justicia o injusticia- de tal apartamiento; una sentencia justa dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende ajustada a derecho. En este sentido hemos criticado una decisión de 1ª Instancia de Rosario, que autorizó un trasplante de órganos entre personas que no estaban vinculadas por ningún vínculo de parentesco, siendo que la ley de trasplantes vigentes a esa fecha limitaba la dación de órganos de personas vivas para el caso en que estuviesen destinados a ser implantados en el padre, madre, hermano cosanguíneo, cónyuge e hijos o padres adoptivos (art. 13, ley 21.541) (*Adla*, XXXVII-A, 146). Por lo tanto no era posible recurrir a la integración del ordenamiento por vía de los principios generales, ya que mediaba una prohibición explícita del ordenamiento que no podía ser dejada de lado, salvo que se declarase su inconstitucionalidad. Es que esos principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado. Por último debe tenerse presente que conforme al artículo 16 del Código Civil, la aplicación de los principios generales se hace teniendo en consideración las circunstancias del caso, examen que debe hacerse en concreto y no en abstracto, con particular referencia a las modalidades del caso; de allí, que en el caso citado la Corte Suprema haya resuelto que resulte arbitraria la sentencia que no contiene ningún examen de las circunstancias particulares de la causa y sí sólo un conjunto de reflexiones generales, pues así el juez se sustituye al legislador y, con la apariencia de aplicar la ley, en realidad la modifica” (RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, vol. I, nº 122 bis, p. 168, 5ª ed.). En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que ha resuelto que motivos de equidad subjetivamente apreciados no pueden servir de pretexto para que los jueces dejen de aplicar las normas legales, cuya sanción y abrogación está reservada a otros poderes del Estado: CSN, *Fallos* 306:783.

## Medidas precautorias

Caducidad de la medida precautoria. Anotación de litis. Omisión de reinscripción transcurridos cinco años desde la toma de razón.

- 114.960 — CNCiv., sala G, 2010/08/23 (\*) — Migdal, Hilda c. Registro de la Propiedad Inmueble en Exp. 193/10. (Publicado en *La Ley*, 2010/10/25).

1. Si bien a diferencia de lo previsto en el art. 207 *in fine* CPCCN respecto del embargo y la inhibición de bienes, la anotación de litis no contiene un plazo de extinción pues el art. 229 del citado ordenamiento solo contempla una hipótesis binaria según el resultado del proceso: la extinción como consecuencia del rechazo de la demanda o su subsistencia hasta

el cumplimiento de la sentencia que la admite, ello no implica que pueda omitirse la renovación de su registración.

2. El sistema de caducidad que –de pleno derecho– hace jugar el art. 37 responde a la necesidad de impedir la subsistencia de medidas cautelares cuando el transcurso del tiempo indica una conducta indiferente o displicente del interesado en