

DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Sixto SÁNCHEZ LORENZO

Catedrático de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de Granada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD.—III. INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE Y LEY APLICABLE: 1. *La relevancia de la internacionalidad del arbitraje*. 2. *Delimitación de la Ley aplicable al fondo*. 3. *Funciones de la ley aplicable al fondo*.—IV. ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL DERECHO APLICABLE: 1. *Elección de un Derecho estatal*. 2. *Elección de una normativa no estatal*. 3. *Elección genérica de la lex mercatoria*.—V. DERECHO APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN: 1. *Soluciones conflictuales y materiales*. 2. *Aplicación de normativas no estatales*. 3. *Aplicación de la lex mercatoria, los usos comerciales y los principios generales del Derecho*.—VI. EL ÁRBITRO FRENTE A LAS NORMAS DE INTERVENCIÓN O IMPERATIVAS.—VII. SUPUESTOS DE ANULACIÓN DEL LAUDO POR DEFECTUOSA APLICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO: 1. *Inaplicación de la lex causae y congruencia del laudo arbitral*. 2. *Ley aplicable al fondo y orden público*. 3. *«Due process» y ley aplicable al fondo*.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. La cuestión de la ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional ha evolucionado históricamente de forma paralela al Derecho internacional privado. Las concepciones imperantes sobre la ley aplicable a los contratos internacional han contagiado, y a veces contaminado, las respuestas propias de las legislaciones y tribunales arbitrales. En los últimos tiempos, sin embargo, la progresiva materialización y la creciente transnacionalidad del arbitraje comercial internacional han propiciado que tome sus propios derroteros, emancipándose del tratamiento de las cuestiones de ley aplicable característico de las jurisdicciones estatales. Este efecto, a primera vista saludable, aconseja una reflexión, pues dicha autonomía no redundaría necesariamente en beneficio de la autocomposición y de los intereses específicos de los operadores del comercio internacional, cuyo principal objetivo no

sólo es optimizar el alcance de la autonomía de la voluntad, sino actuar en un marco global de seguridad jurídica.

Las reflexiones que siguen tratan de abordar críticamente estas tendencias, al hilo del análisis de los aspectos fundamentales que plantea la ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional.

II. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD

2. Los distintos sistemas jurídicos conjugan de forma variable las opciones entre el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad. A falta de indicación por las partes, las reglamentaciones que se inspiran en la Ley Modelo UNCITRAL establecen la presunción favorable al arbitraje de Derecho, de forma que el arbitraje de equidad (*ex aequo et bono, amiable composition*) debe contemplarse de forma expresa por las partes. Del mismo modo, en el arbitraje de Derecho es usual limitar la capacidad para ser árbitro a la condición de abogado o jurista, mientras que dicha limitación no concurre en el arbitraje de equidad.

3. Las relaciones entre arbitraje de Derecho y arbitraje de equidad no son biunívocas. El arbitraje de Derecho no puede resolverse según el leal saber y entender del árbitro; éste se encuentra obligado por el mandato de las partes y deberá fallar conforme a las normas jurídicas que sean aplicables, adecuando el procedimiento arbitral a un debate jurídico efectivo y contradictorio sobre dichas normas. Esta última circunstancia tiene interés, pues el arbitraje de equidad no sólo faculta al árbitro a suministrar una solución a la controversia con otros fundamentos intelectuales –una concepción vulgar de lo justo–, sino que determina un procedimiento arbitral centrado en la determinación de los hechos. En contrapartida, el arbitraje de Derecho implica no sólo un *plus* de motivación del laudo arbitral, que debe justificar tanto la elección de las normas aplicables como su interpretación, sino que obliga a un procedimiento arbitral en que las partes deben poder debatir sobre el alcance jurídico de dichas normas.

En contrapartida, el arbitraje de equidad puede recurrir a fuentes jurídicas, y no requiere que dichas fuentes sean objeto de un debate procesal entre las partes. El árbitro, al decidir según su leal saber y entender, puede perfectamente incorporar a su decisión la invocación de normas jurídicas que, a su juicio, representan o materializan su concepción de lo que es justo y equitativo desde el punto de vista del sentido común. La norma jurídica es traída a colación, por tanto, como *ratio scripta*. De ahí que, para algunos autores, la *lex mercatoria*, conformada esencialmente por principios generales del Derecho, pueda presentar un alto índice de compatibilidad con el arbitraje de equidad¹. Tal afirmación es inocua en el arbitraje de equidad, pues lo que el árbitro debe acreditar en su laudo es el criterio de justicia que emplea, y el recurso a normas jurídicas se limita a ilustrar ese criterio de equidad que fundamenta su decisión².

¹ Vide CHECA MARTÍNEZ, M. «Arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro», *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, La Ley, 2008, p. 332, nota 409.^a

² *Ad. ex.*: Sent. de la *Cour de Cassation* de 20 de julio de 2003.

4. Sin embargo, la relación inversa no resulta tan inocua. En un arbitraje de Derecho, los árbitros están impedidos para resolver en equidad si no quieren incumplir el mandato contenido en el acuerdo arbitral o, en su defecto, en la legislación arbitral aplicable. Una concepción excesivamente difusa de la *lex mercatoria*, desprovista de un fundamento razonable acerca del alcance jurídico de las reglas pretendidamente aplicables, puede enmascarar una solución en equidad. De ahí que el laudo arbitral de Derecho no pueda ampararse en una mención puramente retórica de la *lex mercatoria*, y precise de una motivación suficiente del carácter jurídico de los criterios o reglas que fundamentan la decisión, y de la opción en su caso por dichas reglas. En ocasiones, los límites entre una decisión puramente equitativa y otra ajustada a Derecho son borrosos, en particular si las «normas» aplicadas se expresan en forma indeterminada y genérica, como principios generales del Derecho o expresiones de la *lex mercatoria*. Sin embargo, decidir en Derecho y decidir en equidad son cosas distintas, y corresponde a las partes –y en todo caso a la ley con el juego de sus presunciones–, y no a los árbitros, determinar el tipo de arbitraje que prefieren. La indagación de la ley aplicable al fondo del arbitraje de Derecho no puede servir como una excusa para que los árbitros puedan eludir el mandato de las partes y el principio de autonomía que sustenta todo el edificio arbitral en el siglo XXI.

III. INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE Y LEY APLICABLE

1. La relevancia de la internacionalidad del arbitraje

5. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado clásico, la «internacionalidad» de una controversia o de una relación jurídica es el presupuesto esencial para plantearse la cuestión del Derecho aplicable o conflicto de leyes. La internacionalidad del arbitraje puede obedecer a razones muy diversas, como acredita el artículo 1.3.º de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional: establecimiento de las partes en distintos Estados; lugar del arbitraje; lugar de ejecución del contrato o lugar de mayor vinculación del contrato, ubicados en un Estado diferente del domicilio de las partes; el propio acuerdo de las partes acerca de la internacionalidad del arbitraje. En otros sistemas jurídicos, la «internacionalidad» se hace depender de criterios tan abiertos como que la controversia afecte «a los intereses del comercio internacional» (art. 1.492 del *Code de la procédure civile* en Francia, recogido en España en el art. 3 de la Ley 60/2003, de Arbitraje).

6. La determinación de los criterios de «internacionalidad» del arbitraje no son en absoluto baladíes a la hora de determinar la ley aplicable al fondo. La «internacionalidad» puede actuar expresamente como presupuesto necesario, tal y como indica el artículo 34.2.º de la Ley de Arbitraje española: «cuando el arbitraje sea internacional». Así, en un arbitraje que deba desarrollarse en España, la mera elección de una ley aplicable al fondo por las partes, distinta al Derecho español, no resulta admisible si no se dan los criterios de «internacionalidad» previstos en el artículo 3, entre los que no se encuentra el mero acuerdo de las partes sobre la internacionalidad de la

controversia³. Para admitir semejante elección de ley aplicable, sería preciso que el árbitro estimase que dicha controversia afecta de forma objetiva al comercio internacional. En otro caso, la ley aplicable al fondo será irremisiblemente la *lex arbitri*, y la elección de una ley distinta sólo podrá ser tenida en cuenta como mera incorporación por referencia al contrato⁴.

En contrapartida, la misma cláusula de elección de ley aplicable puede ser, en sí misma, no sólo válida, sino determinante de la internacionalidad del arbitraje en la lógica, por ejemplo, de la Ley Modelo UNCITRAL, pues una elección de una ley aplicable distinta a la *lex arbitri* permite interpretar un acuerdo explícito de las partes acerca de la internacionalidad del arbitraje en el sentido del artículo 1.3.º c) de la Ley Modelo.

2. Delimitación de la Ley aplicable al fondo

7. En términos lógicos y cronológicos, la ley aplicable al fondo debe ser diferenciada de la ley aplicable al convenio y al procedimiento arbitral. La *lex arbitri* –o ley aplicable al procedimiento arbitral– puede venir determinada por las partes de forma indirecta, al determinar la sede del arbitraje o la sujeción a una institución arbitral. De forma directa, las partes pueden generalmente desplegar una amplia autonomía material a la hora de establecer el régimen de actuaciones procesales o incorporar por referencia reglamentaciones procesales concretas. En consecuencia, la *lex arbitri* es determinada de forma diversa e independiente de la ley aplicable al fondo (*lex contractus* o *lex causae*), y fácilmente pueden no coincidir.

Lo dicho no es óbice para que exista una relación clara entre la *lex arbitri* y la *lex causae* con diversas implicaciones. La más evidente tiene que ver con la propia determinación de la *lex causae*, especialmente si las partes no han determinado la ley aplicable al fondo, pues el árbitro designará dicha ley o normas de conformidad con las reglas sobre Derecho aplicable contenidas en la *lex arbitri*. Más allá de esta obvia implicación, cuyas consecuencias prácticas son menores, la eventual diversidad entre ambas leyes puede ser fuente de conflictos, en la medida en que exista una diferencia de criterio sobre aspectos de dudosa calificación, procedimental o sustantiva. En par-

³ Que, sin embargo, se había reconocido en decisiones como la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona de 12 de febrero de 1985 (*RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 137-142), razón por la cual FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. estima que se acerca injustificadamente la posibilidad de internacionalización del arbitraje a través de la autonomía de la voluntad (vide. «El arbitraje comercial internacional, entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *REDI*, vol. LVII, 2005/2, p. 613).

⁴ Como ha señalado M. CHECA MARTÍNEZ, en la ley española la determinación de la internacionalidad del arbitraje afecta a otros extremos, «como son la aplicación de reglas especiales como la prevista en el artículo 9.6 sobre la validez del convenio arbitral y susceptibilidad de la controversia para el arbitraje, la prevista en el artículo 2.2 (supuesto de arbitraje en que el Estado o una sociedad estatal sea una de las partes y prohibición para el Estado o sociedad estatal de invocar prerrogativas jurisdiccionales), en el artículo 39.5 (ampliación de plazos de corrección, aclaración y complemento del laudo), en el artículo 15.1 [no siendo exigible la condición de abogado en ejercicio para ser árbitro en los arbitrajes internacionales (...)] y en el artículo 15.6 (conveniencia de que en la designación por el Tribunal de un solo árbitro o un tercer árbitro sea de distinta nacionalidad a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados). En suma, no puede considerarse que la determinación de las circunstancias de internacionalidad del arbitraje haya sido superflua o innecesaria» (vide *op.cit.*, pp. 330-331).

ticular, en el ámbito contractual esta circunstancia puede plantearse en relación con los medios de prueba. A título de ejemplo, si la *lex fori* o *arbitri* fuera la inglesa, habida cuenta de la concepción procesal de la interpretación del contrato evidenciada en la *parole evidence rule*, se ha mantenido abiertamente, al menos en el ámbito judicial, que la exclusión de evidencias interpretativas ajenas al contrato escrito encierra una cuestión procesal, sujeta en consecuencia a la *lex fori* y excluida del ámbito de aplicación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (y, en consecuencia, también del Reglamento «Roma I»)⁵. Esta afirmación se ha defendido asimismo para el caso de aplicación del artículo 8 del Convenio de Viena de 1980. Por más que esta concepción pueda estimarse errónea, y que las leyes arbitrales suelen gozar de una redacción más flexible, es indudable que los principios y concepciones procesales de la *lex arbitri*, más allá incluso de la legislación arbitral, pueden contaminar o desplazar el papel de la *lex causae*.

8. En segundo lugar, la *lex causae* no tiene por qué coincidir con la ley aplicable a la validez del convenio o acuerdo arbitral. Este acuerdo se somete a su propia ley reguladora en virtud de su autonomía⁶. En principio, la inclusión de un convenio arbitral en el propio marco de un contrato permite hacer extensible a la validez sustancial del convenio arbitral la misma ley aplicable al contrato, ya sea elegida por las partes o en defecto de elección, a menos que las partes hayan elegido una ley específica como ley rectora del acuerdo arbitral. En todo caso, la validez del convenio arbitral es independiente de la validez del contrato, como lo es a su vez la propia cláusula de elección de ley aplicable o *pacto de lege utenda*. En consecuencia, la nulidad del convenio arbitral no prejuzga la nulidad del contrato, ni ésta determina aquélla.

La aplicación de la *lex causae* a la validez del convenio arbitral no es, como hemos dicho, obligada. En algunas legislaciones arbitrales, un principio tendente a favorecer tanto el negocio como la solución arbitral (principio *pro arbitratione*)⁷ ha propiciado la previsión de conexiones o leyes alternativas para determinar la validez del acuerdo arbitral y la arbitrabilidad de la controversia: ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral, *lex causae* e, incluso, *lex arbitri* (art. 9.6 de la Ley de Arbitraje española; art. 178.2 de la Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado).

3. Funciones de la ley aplicable al fondo

9. La Ley aplicable al fondo de una relación jurídica, específicamente en el ámbito de los contratos, cumple una triple función: en primer lugar, desempeña una

⁵ Vide FAWCETT, J. J., HARRIS, J. M. y BRIDGE, M., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2005, pp. 718-719. Semejante visión del conflicto de calificaciones es manifiestamente errónea, como ha puesto de relieve el Tribunal Federal de los EE.UU. en el asunto *MCC-Marble Ceramic Center v. Ceramica Nuova D'Agostino* (1998) en relación con el artículo 8 del Convenio de Viena. De igual forma, una calificación procesal de la interpretación contextual frente a la literal no hace sino vaciar de contenido la sujeción de la interpretación del contrato a la *lex causae* prevista en el artículo 10.1 a) del Convenio de Roma y en el artículo 12.1 a) del Reglamento «Roma I».

⁶ Vide. ARTUCH IRIBERRI, E., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 108-122.

⁷ FERNÁNDEZ-ARMESTO, J., «El Arbitraje internacional», *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 748-750.

«función completiva» para integrar las lagunas contractuales, como *default rules*. En segundo lugar, cumple una «función interpretativa» para determinar el sentido de los pactos o cláusulas ambiguas u oscuras. Y, en tercer lugar, despliega una «función restrictiva» para anular las disposiciones de las partes contrarias a reglas de imperativo cumplimiento o indisponibles. Esta distinción resulta crucial para resaltar el régimen diferencial de relaciones existente entre la autonomía material y la autonomía conflictual en el ámbito del arbitraje comercial internacional, y, más allá, las relaciones entre los pactos y cláusulas del contrato y la ley aplicable en defecto de elección.

En el arbitraje comercial internacional, el árbitro atiende en primer término al contenido del contrato y a los pactos celebrados entre las partes. «En todos los casos –señala el art. 28.4.º de la Ley Modelo UNCITRAL– el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato...». El singular empleado en el artículo 34.3.º de la Ley de Arbitraje española es aún más explícito: «En todo caso...». Cuando las partes eligen la ley aplicable, según las fórmulas que veremos más abajo, un principio elemental de interpretación aconseja prescindir de la función restrictiva de la ley aplicable, pues es de suponer que las partes no habrían elegido una ley aplicable que anulara sus pactos⁸. Al menos, este entendimiento debe prosperar como presunción general, si no se deduce claramente del contrato que las partes han pretendido lo contrario, pues resulta razonablemente más ajustada al principio de autonomía de la voluntad de las partes que sustenta tanto el contrato como la solución arbitral. En realidad, semejante conclusión es defendible tanto en el arbitraje comercial internacional como en las decisiones propiamente jurisdiccionales. En muchos casos, la propia ley elegida puede contener esta fórmula. Así ocurriría en una hipotética elección de los Principios UNIDROIT como ley aplicable al contrato, pues salvando unas pocas disposiciones imperativas, las cláusulas del contrato que deroguen o modifiquen su contenido prevalecerán en todo caso (art. 1.5.º).

⁸ Según otra opinión, incluso en casos de elección de la ley aplicable esta conclusión no resulta evidente. Las partes, al elegir el Derecho aplicable, pueden estar interesadas en establecer un marco de control del alcance de sus pactos, autolimitándose de alguna forma, y no sería irrazonable que las normas imperativas de la ley aplicable derogaran algún pacto o, incluso, todo el contrato. Ni siquiera si las partes han establecido la prevalencia de sus propios pactos cuando sean contradictorios con el Derecho elegido podrían impedir este efecto, por cuanto la validez de la propia cláusula no podría quedar al margen de toda ley (*Fourchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 797-799). A nuestro juicio, esta interpretación no es de recibo, aunque es preciso reconocer que ha sido, quizás, la corriente mayoritaria en la práctica arbitral [cf. GONZALO QUIROGA, M., *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial (arbitrabilidad y Derecho aplicable al fondo de la controversia internacional)*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 201-208]. Por razones de seguridad jurídica y de respeto a la autonomía de las partes, no cabe presumir que han establecido en el contrato cláusulas presuntamente contrarias al Derecho elegido, en la confianza de que éste procederá a corregirlas. La presunción correcta más bien debe ser la contraria. Nótese que la ley elegida por las partes no tiene por qué presentar ninguna conexión estrecha con el contrato, de modo que su intervención derogatoria no se justifica más que por voluntad de las partes. Un principio elemental de seguridad jurídica, y también de interpretación, requiere estimar que el régimen de disposiciones de un contrato elegidas por las partes es compatible sistemáticamente y válido en su conjunto. De no ser posible tal interpretación, debe prevalecer el pacto sobre la norma, pues sólo esta interpretación respeta la verdadera voluntad de las partes. Con más motivo si, además, han previsto esta solución interpretativa en el propio contrato. En suma, en el Derecho internacional privado moderno, la autonomía conflictual debe reconducirse a un concepto de autonomía material, reservando la función restrictiva de las normas estatales al juego de las normas imperativas, que es independiente de la ley aplicable al contrato, especialmente si ésta ha sido elegida por las partes.

Más comprometida es la solución en el caso de que la ley aplicable al fondo se determine en defecto de elección. En estos casos, la determinación objetiva de la ley aplicable cumple con normalidad su función restrictiva de los pactos y cláusulas previstos por las partes en las soluciones jurisdiccionales. Sin embargo, este efecto no debe ser admisible en el ámbito del arbitraje comercial internacional, debido a la prevalencia de las disposiciones contractuales como «ley primera» en la solución arbitral. En resumidas cuentas, la *lex causae* en el arbitraje comercial internacional cumple sencillamente una función interpretativa y completiva, pero no restrictiva. Evidentemente, esta solución no impide que sea posible la consideración de normas imperativas o restrictivas, fundamentalmente de origen estatal, pero su aplicación no se llevará a cabo a título de *lex contractus* o *lex causae*, como se verá más adelante.

IV. ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL DERECHO APLICABLE

10. Las partes pueden elegir el Derecho aplicable al fondo de la controversia⁹. Se trata de una regla extendida en la mayoría de los sistemas jurídicos. Dicha elección puede recaer en un determinado Derecho estatal, vinculado o no con el contrato o la controversia, o en cualquier otro cuerpo normativo de naturaleza no estatal (Principios, Leyes Modelo, etc...). La elección puede realizarse en el mismo contrato al que se refiere un convenio arbitral, dentro incluso de la propia cláusula compromisoria, y también en un acuerdo separado, anterior o posterior al convenio arbitral. La elección es procedente en cualquier momento, incluso con ocasión de la firma por las partes de la propia acta de misión, que es una oportunidad idónea para que las partes fijen o precisen las cuestiones referidas a la legislación aplicable al fondo de la controversia.

Una cuestión poco tratada se refiere a la delimitación de la elección por las partes del Derecho aplicable al fondo de la controversia arbitral, por oposición a la *lex contractus*. En la mayoría de los casos, la controversia tiene un objeto contractual, y la elección de la ley aplicable al contrato por las partes es suficiente para suministrar las reglas aplicables al fondo. En otros casos, la cláusula compromisoria o el acta de misión contienen una referencia genérica a la aplicación de una determinada ley para regir la «controversia» o diferencias entre las partes, formulada genéricamente. Pero en ciertas hipótesis la controversia sujeta a arbitraje va más allá de las cuestiones contractuales, implicando aspectos societarios, de capacidad, de daños... Resulta entonces preciso deslindar el alcance material de la elección por las partes de una *lex contractus*. Descartada una injustificada presunción de que las partes han querido someterse a las reglas de Derecho internacional privado de la *lex contractus* para determinar la ley aplicable a las cuestiones no contractuales¹⁰, la solución más correcta consiste en activar las soluciones previstas para determinar la ley aplicable en defecto de elección, a menos que por la proximidad de la cuestión (responsabilidad

⁹ Vide artículo 7 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, coincidente con el artículo 28.1 de la Ley Modelo UNCITRAL.

¹⁰ Este es el criterio del *Laudo CCI n.º 1.704/1978* (*Journ. dr. int.*, 1978, p. 977), criticado por VAN HOUTTE, H., «La loi applicable à l'arbitrage commercial international», *Rev. dr. int. dr. com.*, 1980, pp. 295-296.

precontractual o no contractual) el árbitro interprete que la elección de una *lex contractus* implica una elección a su vez, esta vez tácita, de la ley aplicable a la responsabilidad por daños o a otro aspecto no contractual del litigio. Esta apreciación no parece muy aconsejable cuando el aspecto colateral se refiere a materias alejadas del contrato, como el derecho societario, donde no sólo la aplicación de la *lex contractus* puede ser inadecuada, sino, sobre todo, imprevisible en realidad para las partes.

11. La elección expresa del Derecho aplicable suele configurarse a través de una cláusula o *pacto de lege utenda*, susceptible de incorporarse en el propio contrato o en cualquier otro documento. En todo caso, se suele predicar la autonomía de dicho pacto, en el sentido de que la nulidad del contrato no prejuzga la validez de la cláusula de elección de la ley aplicable y viceversa [ad ex. art. 10 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»)]. En el Derecho internacional privado, la validez de la cláusula de elección es una cuestión previa, regida por la propia ley hipotética del acuerdo, que le resultaría aplicable si el acuerdo fuese válido, esto es, en principio, por la propia ley determinada en la cláusula, pero limitada por la ley de la residencia habitual de las partes para determinar que ha concurrido efectivamente su consentimiento. Este planteamiento se ha mantenido en algunos sistemas, como el suizo¹¹, mientras que ha sido descartado por otros, como el francés¹²: En realidad es una regla poco problemática en la práctica y resulta tanto más prescindible en el arbitraje comercial internacional, donde prima una aproximación «material» a la validez de la cláusula de elección del Derecho aplicable, al igual que a la validez del acuerdo arbitral¹³.

12. Teóricamente, la elección por las partes puede ser asimismo «tácita» o «implícita». Son bien conocidas las dificultades y divergencias de criterios que implica determinar la presencia de una elección «tácita», como demuestra la jurisprudencia nacional discordante en torno al artículo 3 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En realidad, la determinación de una voluntad tácita derivada de indicios contractuales subjetivos u objetivos, internos o contextuales, genera indefectiblemente un círculo vicioso. La utilización en el contrato de una terminología idiosincrásica o de un determinado idioma, la inclusión de una cláusula de determinación de la sede arbitral¹⁴, la conducta anterior y posterior de las partes a la celebración del contrato, sus vínculos anteriores, sus manifestaciones durante las negociaciones, la utilización de ciertas condiciones generales, etc., pueden ser tenidas en cuenta para determinar la existencia de una voluntad tácita de las partes conformándose a una determinada ley aplicable. Pero semejante decisión implica una

¹¹ En relación con el artículo 187 de la Ley Federal de Derecho internacional privado: vide LALIVE, POUURET, J. F. Y REYMOND, C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Éditions Payot, 1989, p. 392.

¹² Vide Fouchard, Gaillard, Goldman..., *op.cit.*, p. 785.

¹³ Vide GAILLARD, E., «Trente ans de *Lex Mercatoria*: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», *Journr. dr. int.*, 1995, pp. 16-18.

¹⁴ Esta circunstancia resulta especialmente relevante si la sede del arbitraje es Londres o una localidad inglesa, por cuanto el Derecho inglés es proclive a considerar la elección de sede en Inglaterra como un indicio fuerte de elección del Derecho inglés como ley aplicable al fondo, aunque en los últimos tiempos esta doctrina se ha relativizado. Vide «*Tzortis and Another c. Monark Line A/B*» (1968), 1 *All ER*, 949. Cf. en cambio el *Laudo CCI n.º 5.717/1988 (ICC Bull.*, 1999, vol. 1, núm. 2, p. 22).

«interpretación» del contrato que puede llevar a conclusiones muy diferentes según la proclividad del intérprete a considerar sólo datos objetivos o subjetivos, anteriores o posteriores¹⁵. Y en esa tarea suele emplearse una pre-comprensión anclada en un sistema jurídico –normalmente el del foro– que, a la postre, puede no ser el aplicable al fondo.

A diferencia del tratamiento de la cuestión en el Derecho internacional privado general, se ha discutido si la elección del Derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional debía limitarse a una elección «expresa» y clara, descartando la inducción por el árbitro de una elección meramente tácita o presunta. En algunos casos, se ha optado por una tesis intermedia, permitiendo la conclusión de una elección tácita sobre la base exclusiva de indicios contenidos en el propio contrato y no contextuales¹⁶. Lo único cierto es que la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable al fondo se contempla en las distintas legislaciones internas, internacionales e institucionales sin indicación precisa sobre la forma de dicha elección y, por tanto, habilitando en realidad la posibilidad de una elección tácita, que es particularmente propicia a través de las posiciones de las partes durante el propio procedimiento arbitral, debatiendo sobre la base de un mismo Derecho¹⁷. Menor justificación tiene amparar una elección tácita de la ley de la sede arbitral por el mero hecho de su elección. Sería un trasunto de la jurisprudencia inglesa de mitad del siglo pasado, favorable a considerar una elección de un tribunal inglés como un criterio de elección tácita del Derecho inglés, cuyo fundamento es una concepción «jurisdiccional» del arbitraje hoy inadmisibles, que conllevaba una asociación de la sede arbitral al «foro»¹⁸.

13. En el ámbito del arbitraje comercial internacional, esta engorrosa tarea puede diluirse en un falso problema, dependiendo del modelo de selección de la ley aplicable al fondo que deba utilizar el árbitro en defecto de elección por las partes. En un modelo de solución conflictual, como veremos más abajo, la inducción de una elección tácita es problemática, pues en su defecto puede pugnar por la regulación del fondo otro Derecho nacional. Es fácil, pues, que las partes discutan la convicción del árbitro acerca de una ley tácitamente elegida y que este se cuide mucho de semejante inducción, vaciando de contenido dicha forma de elección en favor de la literalidad del contrato y de la santidad de sus términos. En contrapartida, dentro de un modelo más moderno de determinación material de la ley aplicable en defecto de elección, que habilita al árbitro a optar por las normas que considere más apropiadas al caso, su labor se ve facilitada, pues la determinación de la ley aplicable al fondo, en ausencia de elección expresa, bien podrá fundarse en determinados indicios del contrato como los indicados más arriba, que puede ser entendidos indistintamente como fruto de una

¹⁵ En buena medida, esta es una razón que avala la acusación de «irracionalidad» de la elección tácita, singularmente en el arbitraje comercial internacional (vide LEW, J. D. M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Nueva York, Oceana, 1978, p. 183).

¹⁶ Vide GOLDMAN, B., «La nouvelle réglementation française de l'arbitrage international», *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Kluwer, 1982, p. 163. POUURET, J.-F., y BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Ginebra, Schulthess, 2002, pp. 605-606.

¹⁷ *Ad. ex. Laudo CCI n.º 1.434/1975 (Journ. dr. int., 1976, p. 978)*.

¹⁸ Vide los argumentos críticos de LEW, J. D. M., MISTELIS, L. A., y KRÖLL, S. M., *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2003, pp. 415-416.

voluntad tácita o, simplemente, de la conveniencia en su aplicación si se considera que no hubo en realidad tal elección por las partes.

El problema se planteará, en cambio, cuando el árbitro prescinda de considerar que hubo una elección tácita y decida aplicar un sistema de normas distinto al que apuntan dichos indicios. Es fácil, entonces, que una de las partes trate de acreditar la presencia de una elección tácita. Si el tribunal arbitral ignora esta pretensión, no se advierte, sin embargo, que pueda prosperar fácilmente como motivo de anulación o denegación del reconocimiento, como luego se verá.

1. Elección de un Derecho estatal

14. Las partes pueden optar en cualquier caso por un determinado Derecho estatal, como fuente principal o subsidiaria, en combinación con fuentes de naturaleza no estatal o incluso de la *lex mercatoria*. La elección única de un Derecho estatal no excluye, sin embargo, la aplicabilidad de los usos del comercio internacional, como luego veremos, ni tampoco la eventual aplicación de textos como el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, cuando dicho convenio forma parte de la *lex causae* y su aplicación proceda por razones materiales y espaciales. Aunque la jurisprudencia estatal y arbitral resulta en este punto contradictoria, parece más razonable entender que una remisión genérica a un Derecho estatal no excluye la aplicación del Convenio de Viena, que debe descartarse expresamente por las partes (*opting out*)¹⁹, si quieren evitar una aplicación de sus normas eventualmente contraria a lo dispuesto en las disposiciones de la *lex causae* aplicables a situaciones internas. Otra cosa es en qué medida es indicado aplicar las disposiciones del Convenio si son contradictorias con los propios pactos suscritos por las partes que, eventualmente, pueden alinearse con las disposiciones de la *lex causae* previstas para supuestos internos. Pero esta cuestión no debe recibir una respuesta distinta a la que procede si semejante contradicción se produce, con carácter general, entre la *lex causae* y los pactos establecidos por las partes.

En efecto, como ya hemos señalado, la elección por las partes de la ley aplicable no debe considerarse en su función restrictiva, sino, simplemente, completiva e interpretativa. La elección genérica por las partes de un Derecho estatal –incluya o no algunos convenios internacionales– no puede servir para derogar los acuerdos claros y precisos que las partes han establecido en el contrato. Solo en caso de laguna o ambigüedad en los términos contractuales, semejante Derecho aplicable deberá ser tenido en cuenta.

15. La mayor flexibilidad que tienen las partes a la hora de elegir un Derecho aplicable al fondo minimiza el problema de distinguir la elección de un Derecho estatal aplicable de una mera incorporación por referencia. Por definición, la elección de un Derecho estatal únicamente puede ser genérica, y afecta a todas las fuentes normativas del Derecho elegido. Las partes pueden, sin embargo, proceder a una elección de una normativa nacional «estable» (*stabilized law*), precisando la disposición legal o

¹⁹ Vide en este sentido *Laudo CCI n.º 11.333/2002* (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXI-2006, pp. 117-126) y *Laudo CCI n.º 11.440/2003* (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXI-2006, pp. 127-147).

conjunto normativo al que se someten o la fecha concreta de su sumisión, de forma que una modificación posterior de ese texto legislativo (conflicto internacional transitorio) no deroga, modifica ni desplaza a las normas concretamente elegidas. Esta incorporación por referencia de un Derecho estatal como ley aplicable en realidad no es una auténtica elección de un Derecho estatal, sino que resulta equivalente y tiene los mismos efectos que la elección de un Derecho no estatal, de un convenio internacional no vigente, de los Principios UNIDROIT o de una Ley Modelo. En la práctica, la trascendencia de esta distinción –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho internacional privado general– es mínima. Otra cosa muy diferente es que semejante estabilización no puede impedir la aplicación, incluso retroactiva, de normas imperativas estatales –no necesariamente de la ley elegida–, cuando su título de aplicación se considere legítimo.

16. Por lo demás, descartado por supuesto el reenvío, la imprecisión del Derecho estatal aplicable puede provocar algunos problemas de aplicación bien conocidos en el Derecho internacional privado, como el que deriva de una elección genérica de la ley de un sistema plurilegislativo (Reino Unido, Estados Unidos de Norteamérica, etc.), que a menudo puede conducir a un callejón sin salida.

Del mismo modo, el *dépeçage* del contrato resulta perfectamente posible en virtud de la autonomía de las partes, pero una pluralidad de leyes aplicables puede conducir con facilidad a incoherencias, inseguridad y problemas de adaptación, por lo que no resulta especialmente recomendable en el arbitraje comercial internacional. Pueden darse, además, cláusulas de elección de la ley aplicable «flotantes», que contemplen la posibilidad de aplicar leyes diferentes según la sede arbitral, o que establezcan la alternatividad de dos o más leyes distintas a favor de la admisión de la demanda (*saving clauses*).

Cabe, asimismo, una imposibilidad material de aplicar el Derecho elegido, bien por falta de una acreditación suficiente de su contenido por las partes, bien porque el árbitro estime que la ley estatal elegida es manifiestamente insuficiente, pobre o inapropiada para dar respuesta a las complejas cuestiones de fondo. El famoso recurso de Lord Asquith of Bishopstone en el asunto «*Abu Dhabi*» siempre contiene el riesgo de entrañar un mero expediente práctico, incluso ideológico, para descartar sistemas culturalmente diversos a lo que se entiende por propios de «nacionales civilizadas», o simplemente allanar la labor arbitral a favor de un Derecho puramente pretoriano, como ocurrió con la elusión del Derecho egipcio en el asunto «*Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*» (SSP)²⁰. En estos supuestos, se trata de una práctica justificadamente criticada por la doctrina²¹, que puede implicar una desviación por los árbitros del mandato establecido por las partes.

2. Elección de una normativa no estatal

17. La incidencia del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, la elaboración de los Principios UNIDROIT sobre los contratos

²⁰ *Laudo ICSID de 20 de mayo de 1992 (Caso n.º ARB/84/3)*.

²¹ *Fouchard Gaillard Goldman...*, op. cit., pp. 842-845.

comerciales internacionales, en sus versiones de 1995 y 2004²², y la redacción de los Principios de Derecho Contractual Europeo y el proyecto MCR han suscitado la cuestión específica de la posibilidad de someter al arbitraje cuerpos de normas no estatales o de convenios no vigentes en algunos Estados. La aplicación de estos cuerpos normativos, como se ha dicho, resulta muy clara cuando las partes los designan específicamente como ley rectora del fondo de la controversia. El tenor de las legislaciones arbitrales más recientes no han hecho sino reconocer una tendencia que ya había consolidado la evolución del arbitraje sobre el eje de la autonomía de la voluntad. No obstante, la eficacia de esta elección, y de estas normativas, se ha puesto a menudo en tela de juicio, en la medida en que textos de amplia vigencia como el Convenio de Ginebra de 1961 parecen limitar la posibilidad de elección a las leyes estatales (art. 7), sin contener una escapatoria para la aplicación de una legislación arbitral nacional más flexible²³. En la práctica, prevalece, sin embargo, una interpretación precisamente flexible, que favorece la máxima autonomía de las partes a la hora de determinar el régimen de reglas que deben ser tenidas en cuenta para resolver en cuanto al fondo. Más problemática es su aplicación para integrar una remisión genérica a la *lex mercatoria* o a los usos del comercio internacional.

3. Elección genérica de la *lex mercatoria*

18. La *lex mercatoria* es una noción con perfiles muy indefinidos. Existen concepciones amplias y desmedidas, que encierran indebidamente dentro del concepto de *lex mercatoria* cualquier reglamentación o normativa del comercio internacional de origen no estatal como los Principios UNIDROIT e incluyen indistintamente convenios internacionales con independencia de su vigencia, leyes modelo, principios generales del Derecho, normas de Derecho internacional general, reglas de organizaciones internacionales, colecciones de «jurisprudencia» arbitral, contratos-tipo y usos comerciales²⁴. En el otro extremo, se detectan asimismo tendencias minimalistas que equiparan la *lex mercatoria* con los usos o prácticas del comercio internacional. Su fuente es la práctica del comercio internacional, y emana de los contratos internacionales, contratos-tipo, cláusulas generales, usos comerciales, reglas propuestas por la CCI y otras organizaciones comerciales, etc. Son, por tanto, los operadores, individualmente o colectivamente, quienes proporcionan el conjunto de principios y reglas que conforman la *lex mercatoria*.

²² Vide especialmente BERGER, K. P., «International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *AJCL*, 1998, pp. 129-150; BORTOLOTTI, F., «The UNIDROIT Principles and the Arbitral Tribunals», *Uniform Law Review*, 2000, pp. 141-152; BONELL, M. J., «A Global Arbitration decided on the Basis of the UNIDROIT Principles: In Re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative», *Arb. Int.*, 2001, pp. 259-262; SERAGLINI, C., «Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp. 1.101-1.166.

²³ Vide GAJA, G., «Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell'arbitrato internazionale», *Rivista dell'arbitrato*, 1994, p. 436.

²⁴ Una descripción de esta concepción desmesurada de la *lex mercatoria* puede verse en GAILLARD, E., «La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international», *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 203. También LANDO, O., «The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration», *I.C.L.Q.*, vol. 34, 1985, pp. 748-751.

En primer término, por tanto, no todos los textos de Derecho no estatal pueden englobarse en la *lex mercatoria stricto sensu*, sino sólo en la medida en que responden a esas prácticas y usos del comercio internacional. En segundo lugar, la *lex mercatoria* para algunos autores es algo más que meros usos comerciales internacionales de alcance general; se conforma asimismo sobre principios generales del Derecho de un alcance normativo cierto, por más que suelen ser tan genéricos e indefinidos como en cualquier sistema jurídico. Pero reconocer el principio *pacta sunt servanda* como parte de la *lex mercatoria* no resuelve en modo alguno el tratamiento de los supuestos de fuerza mayor o excesiva onerosidad. Dar por bueno el principio de buena fe tampoco justifica su aplicación durante la fase negocial del contrato²⁵. Reconocer la evicción del abuso de derecho o el fraude no aclara los límites de la doctrina de los actos propios.

19. Una concepción amplia o estricta de la *lex mercatoria* mediatiza la ley aplicable al fondo por el árbitro. Si las partes han hecho una referencia genérica a la *lex mercatoria*, no es lo mismo reconducir dicha mención a los usos y prácticas más o menos estandarizados en el comercio internacional –que puede tener una traducción positiva en textos como los INCOTERMS o el propio Convenio de Viena de 1980²⁶–, que amparar en ella la aplicación global e íntegra de un texto como los Principios UNIDROIT. Ciertamente, los Principios UNIDROIT contienen un buen número de reglas que son expresión de un *ius mercatorum* consolidado. Muchas de ellas, especialmente sobre la formación del contrato y los remedios por incumplimiento²⁷, obedecen a dichas prácticas y se inspiran de forma notable en el Convenio de Viena de 1980. Pero esta afirmación no es, ni mucho menos, extensible a todas sus disposiciones sobre los contratos comerciales internacionales, algunas muy novedosas²⁸, y aún menos si sus controversias se resuelven en sede arbitral²⁹. Con claridad, estas dudas emergen cuando los Principios UNIDROIT se alejan de los principios caracte-

²⁵ No deja de ser sorprendente el reconocimiento sin reservas de la buena fe negocial como principio que forma parte de la *lex mercatoria* (ad. ex. DERAIS, Y., comentando el *Laudo CCI n.º 5.953/1989: Journ. dr. int.*, 1990, pp. 1.056-1063), cuando el Derecho inglés, que es sin duda el Derecho estatal de mayor impacto en la contratación transfronteriza, no reconoce o limita notablemente dicho principio. Como indica BONELL, M. J. ningún comparatista serio osaría definir como un principio universalmente reconocido la buena fe negocial, ni compartiría la afirmación contenida en el *Laudo CCI n.º 3.131/79* en el sentido de que «uno de los principios que inspiran la *lex mercatoria* es el de la buena fe que ha de presidir la formación y la ejecución del contrato» (vide «La Moderna Lex Mercatoria tra Mito e Realtà», *Dir. comm.int.*, 1992, p. 324).

²⁶ *Laudos CCI núms. 8.501, 8502 y 8.503/1996.*

²⁷ Sobre este particular, vide *Laudo CCI núm. 8.246/1997* y *Laudo CCI núm. 8.261/1996.*

²⁸ Como reconoce con buen criterio el propio BONELL, M. J., «The UNIDROIT Principles and Transnational Law», *The Practice of Transnational Law*, La Haya, Kluwer, 2001, p. 29.

²⁹ No les falta razón a quienes, como A. VON ZIEGLER, resaltan la falta de participación de los operadores en la redacción de los Principios UNIDROIT (básicamente académicos), hecho que puede redundar en su discreta acogida en la práctica comercial. Este defecto sería el que justificaría el fracaso de normativas como las Reglas de Hamburgo de 1978 en el ámbito del transporte marítimo (vide «Particularities of the Harmonization and Unification of International Law Trade and Commerce», *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, T. M. C. Asser Press, 2000, pp. 879 y 881-883, esp. nota 38.^a). En un sentido parecido vide LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., «Ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. El enfoque transnacional de la nueva Ley española de Arbitraje», *Cuestiones actuales de Derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 711-712.

rísticos del *common law* y, más estrictamente, del Derecho inglés³⁰. No puede pues, generalizarse, que en un caso concreto la propia *London Court of Arbitration* haya reconducido una referencias a los «principios del Derecho anglosajón» a los Principios UNIDROIT³¹.

Es un hecho contrastado que el Derecho inglés ha alcanzado un protagonismo cierto en la regulación de fondo de los contratos internacionales, avalado por un éxito estadístico indudable, cuya explicación puede hallarse en diversos factores (carácter cosmopolita de la jurisprudencia inglesa basada en los grandes contratos internacionales, inclinación al máximo respeto de las cláusulas contractuales y a la mínima intervención judicial, protagonismo de la ley inglesa asimismo como *lex arbitri* e indudable tendencia a la cultura procesal angloamericana; etc.). Frente a esta influencia, algunas de las reglas –incluso capítulos completos– de los Principios UNIDROIT se orientan hacia modelos legales muy diferentes. Cabría señalar, por ejemplo, la clara decantación romano-germánica de los criterios de interpretación del contrato en los textos internacionales³², que otorgarían al árbitro una incómoda competencia para eludir, incluso, los pactos contractuales, mediante soluciones interpretativas o de integración basadas en la equidad y la buena fe, amen de la introducción de criterios de interpretación poco gratos al Derecho inglés, como las negociaciones entre las partes y su conducta subsiguiente al contrato. Entender que este modelo de interpretación del contrato constituye una manifestación de la *lex mercatoria* es sumamente arriesgado, no sólo porque se opone a la tradición del Derecho inglés, sino porque puede implicar una consecuencia limitativa de lo expresamente pactado por las partes en el contrato. Dicho de otro modo, el sistema de interpretación del contrato contenido en estos textos internacionales resulta mucho más cómodo para el juez que para un árbitro, pues en la propia solución arbitral esta implícito un *plus* de respeto y devoción a la *sanctity of contract*, que coincide con la concepción inglesa del Derecho contractual.

Una manifestación acaso más tangible de esta paradoja puede hallarse en la posibilidad de que, conforme a los Principios UNIDROIT³³ o los PECL³⁴, se entienda atribuida al árbitro la capacidad de modificar y adaptar el contrato en supuestos de excesiva onerosidad o *hardship*, cuando el contrato no incluya cláusulas específicas. En este caso, no sólo se produce una contradicción con el Derecho inglés, sino también –posiblemente– con el artículo 79 del Convenio de Viena. Pero –lo que es más importante– parece injustificado que a través de una mención genérica por las partes

³⁰ Es cierto que para afirmar la presencia de una regla transnacional no es necesario que sea reconocida por la unanimidad de todos los sistemas. Sin embargo, la excepción del Derecho inglés no es cualquiera, y en muchos ámbitos debe implicar la ausencia de consenso, como indica MAYER, P. (vide «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», *R. des C.*, t. 217, 1989, p. 432).

³¹ Vide BONELL, M. J., *An International Restatement of Contract Law*, 2.ª ed., Nueva York, Transnational Publishers, 1997, p. 252.

³² Artículo 8 del Convenio de Viena, capítulo 4 de los Principios UNIDROIT o capítulo 5 de los PECL. En consecuencia, resulta sorprendente que un árbitro pueda considerar las reglas de interpretación del contrato de los artículos 4.1 a 4.3 de los Principios UNIDROIT como reflejo de los principios generales del Derecho, cuando no son compartidos por el sistema jurídico de mayor protagonismo en el comercio mundial, como es el Derecho inglés (*Laudo CCI n.º 11.265/2003*: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1416&step=Abstract>).

³³ Artículos 6.2.1 a 6.2.3.

³⁴ Artículo 6.111.

a la *lex mercatoria*, como ley rectora del fondo del contrato, el árbitro pueda arrogarse una competencia de adaptación del contrato no sólo no prevista en el contrato, sino contraria en su proposición a lo establecido expresamente en su letra³⁵. Un árbitro prudente se cuidará mucho de no considerar estas reglas de los Principios, ajenas en realidad a un «amplio consenso internacional», como *lex mercatoria*, si no quiere verse expuesto a una anulación de su laudo por haber actuado *extra o ultra petita*, en contra del mandato contenido en el acuerdo de arbitral y acaso también en el acta de misión.

En definitiva, una remisión genérica a la *lex mercatoria* no habilita al árbitro a una consideración indiferenciada de cualquier Derecho no estatal como *lex mercatoria*, y aconseja una ponderación particularizada de qué reglas dentro de dichos sistemas responden en realidad a prácticas o proposiciones generalmente aceptadas en el comercio internacional³⁶. Es comprensible, sin embargo, que a falta de un Derecho estatal elegido por las partes, en supuestos de Derechos estatales de las partes discordantes, o ante una referencia genérica a la *lex mercatoria* que impide acotar principios o usos comerciales reconocidos generalmente, el árbitro pueda recurrir a los Principios UNIDROIT en un intento de objetivación final del laudo³⁷. Afortunadamente, la introducción en la contrato de una cláusula de elección genérica de la *lex mercatoria* no deja de ser sumamente extraña³⁸.

V. DERECHO APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

1. Soluciones conflictuales y materiales

20. En defecto de elección por las partes de la ley aplicable, el árbitro determinará el Derecho aplicable al fondo según las reglas establecidas en la normativa institucional o en la legislación arbitral aplicable según la sede del arbitraje. La Ley Modelo UNCITRAL o el artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1961 contemplan, en

³⁵ Pueden observarse los argumentos del *Laudo CCI n.º 8.873/1997* (*Journ.dr.int.*, 1998, p. 1.017) o del *Laudo CCI n.º 12.446/2004* (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1424&step=Abstract>), contrario, con toda la razón, a considerar los arts. 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios UNIDROIT como un reflejo de los principios generales del Derecho o de la *lex mercatoria*. Pese a lo sostenido por alguna doctrina [cf. OTIS RODNER, J., «Los Principios de UNIDROIT (su aplicación en Venezuela y en el arbitraje internacional)», *Arbitraje comercial interno e internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 147 y ss., esp. pp. 163-164 y 169-170] y lo sugerido en relación con algún laudo (*Laudo CCI núm. 7365/1997: Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*), la imposibilidad sobrevenida o fuerza mayor como causa de resolución del contrato es mucho más fácilmente asimilable a un «principio generalmente reconocido» que las consecuencias de la excesiva onerosidad, o, incluso, de la frustración del contrato y de la imposibilidad económica o «impracticabilidad».

³⁶ Conviene traer a colación esta llamada a la prudencia de alguien nada sospechoso de negar la relevancia de los Principios UNIDROIT en el arbitraje, como LALIVE, P. (vide «L'arbitrage international et les principes UNIDROIT», *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milán, Giuffrè, 1997, p. 71 ss., esp. pp. 88-89).

³⁷ Así, el *Laudo CCI núm. 7375 de 5 de junio de 1996*.

³⁸ Algún autor afirma no haberlo visto nunca (cf. REYMOND, C., «Le droit applicable au fond dans l'arbitrage commercial international», *L'arbitrato commerciale internazionale in Svizzera e Italia*, Milán, Giuffrè, 1992, p. 9).

defecto de elección, una solución «conflictual» que encierra cierta elipsis. En efecto, en tal caso los árbitros deben atender a «las normas de conflicto que consideren apropiadas». Se trata de una referencia incorporada tal cual a muchas reglamentaciones y legislaciones arbitrales nacionales, que inspiró claramente la práctica arbitral dominante en los años setenta y ochenta³⁹. El árbitro, desde luego, no debería estar mediatizado por las normas de conflicto vigentes en la *lex fori arbitri*, ni en cualquier otro Derecho nacional vinculado a la controversia⁴⁰. La regla le habilita para utilizar aquella norma de conflicto que considere apropiada. Se trata, al menos formalmente, de una solución excesivamente indirecta. Se supone que el árbitro es libre para estimar, como más adecuada, la aplicación de la ley de la residencia o establecimiento de una o de ambas partes, del lugar de celebración o ejecución del contrato, la ley más estrechamente vinculada o cualquier otra que sea.

Es posible, asimismo, que los árbitros opten por el método «cumulativo» si las normas de conflicto conectadas con la controversia son idénticas o siguen los mismos criterios⁴¹. Así, en una controversia entre partes establecidas en países de la Unión Europea, no es descartable que los árbitros elijan la ley aplicable sobre la base de las normas de conflicto uniformes contenidas en el Reglamento «Roma I» o en el Reglamento «Roma II».

También es fácil que esta elección esté mediatizada o materialmente orientada por el Derecho material que finalmente el árbitro crea más idóneo, o por la simple

³⁹ Es interesante la síntesis y clasificación a este respecto de LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 701-702. El recurso más obvio es a las normas de conflicto coincidentes de los sistemas jurídicos involucrados (*Laudo CCI núm. 4.996/1986: Journ. dr. int.*, 1986, pp. 1.131; *Laudo CCI núm. 4.434/198: ibid.*, 1983, p. 893; *Laudo CCI núm. 2.879/1978; ibid.*, 1979, p. 990). Si dichos sistemas no coinciden, se recurre a nociones más vagas como «principios generales de los conflictos de leyes» o «criterios de localización generalmente aplicados», para justificar el punto de conexión elegido (*Laudo CCI núm. 2.585/1977: Journ. dr. int.*, 1978, p. 998; *Laudo CCI núm. 2.734/1977; ibid.*, 1978, p. 998), o bien se utiliza un convenio internacional, incluso no vigente, como *ratio scripta* (*Laudo CCI núm. 1.717/1972: Journ. dr. int.*, 1974, p. 890), o simplemente se deja sin fundamentar la opción (*Laudo CCI núm. 2.879/1979: Journ. dr. int.*, 1979, p. 990).

⁴⁰ Aunque este planteamiento resultaba usual en el pasado sobre la base de una concepción «jurisdiccional» del arbitraje, como acredita el estudio de GOLDMAN, B., [«Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé», *R. des C.*, t. 109 (1963-II), pp. 374-385 (esp. pp. 367-376)] no mucho después de la *Resolución del IDI de Amsterdam de 1957* que partía de esta solución, hoy se considera completamente trasnochado (cf. *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, *op. cit.*, pp. 867-870), aunque sigue inspirando claramente la práctica de algunos países, singularmente en la órbita del *common law*, por más que el art. 46 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 haya abierto la panoplia de posibilidades más allá de esa tradición (vide HILL, J., «Some Private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996», *I.C.L.Q.*, vol. 46, 1997, p. 301). La propia resolución adoptada en Ámsterdam fue objeto de múltiples críticas inmediatamente después, hasta que resultó repudiada por la *Resolución del I.D.I. de Santiago de Compostela de 1989*. No obstante, puede darse el caso de que el sistema de la sede arbitral imponga imperativamente a los árbitros la aplicación de su sistema conflictual, como aconteció en el *Laudo CCI núm. 9.514/1988* enfrentado al carácter imperativo del artículo 1.054.2 de la Ley holandesa de arbitraje (no publicado y cit. por GRIGERA NAÓN, H., *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 227, nota 226.^a), o como prevén las Reglas sobre Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Zurich (art. 4 cit. por *Fouchard, Goldman, Gaillard, op. cit.*, p. 869). En la práctica, como indican los últimos autores citados, las normas de conflicto en materia de contratos suelen tener una textura suficientemente abierta para permitir a los árbitros la selección de una ley aplicable razonable y conectada suficientemente con la controversia.

⁴¹ Vide los casos citados por DERAINS, Y., «L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige (a la lumière de l'expérience de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale)», *Revue de l'arbitrage*, 1972, pp. 99 ss.

comodidad de recurrir al sistema de normas de conflicto de la sede arbitral, por lo que, finalmente, no parece que la solución «conflictual» sea mejor que una referencia directa a la facultad del árbitro para aplicar las normas materiales que estime apropiadas, como hace, por ejemplo, el artículo 34.2.III de la Ley de Arbitraje española⁴², el artículo 1.496 C. P. francés, el artículo 1.054(2) del C. P. holandés (Ley de Arbitraje de 1986), el artículo 17.1 Reglamento CCI o el artículo 22.3 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration*.

Determinadas leyes arbitrales establecen, en defecto de elección por las partes de la ley aplicable, una solución conflictual específica, amparada en muchos casos en el principio de proximidad o aplicación de la ley que presenta los vínculos más estrechos (art. 187.1 de la Ley Federal suiza de D.I.Pr., art. 834.1 del Codice di procedura civile italiano, art. 1.501.2 ZPO). Se trata de una previsión estrictamente conflictual, que en realidad reduce el margen de maniobra del árbitro en relación con la fórmula más abierta de la Ley Modelo. En efecto, el principio de proximidad no habilita una elección absolutamente flexible de la ley aplicable, amparada en las ventajas materiales de una determinada legislación. En realidad, la flexibilidad se orienta a determinar qué ley presenta los vínculos más estrechos, y a valorar en cada caso dichos vínculos, pero no permite al árbitro optar por una ley no vinculada al contrato –lo que, por definición, excluye la aplicación de principios o normas no estatales–. De hecho, algunas de estas legislaciones, como la alemana, se refieren específicamente a Derecho estatal (*Recht des Staates*)⁴³.

21. La formulación «material» tiene algunas ventajas adicionales –además de ser directa⁴⁴– respecto de la «conflictual». Aunque es evidente que se admite con normalidad que una referencia como la contenida en la Ley Modelo o en el Convenio de Ginebra habilita a los árbitros a la aplicación de una reglamentación jurídica no estatal, no es menos cierto que la mención de «normas de conflicto» nos aproxima a una nomenclatura que, en la mayoría de los sistemas nacionales, implica necesariamente la referencia a la ley de un Estado. Más aún, como hemos señalado, cuando se prevé específicamente la ley más estrechamente vinculada al contrato, en realidad no resulta fácil justificar, por ejemplo, la aplicación de los Principios UNIDROIT, al menos si se utiliza el término «norma de conflicto» en un sentido estricto. Por lo demás, la vía material o directa no sólo se ha impuesto en las legislaciones arbitrales, sino que incluso una interpretación similar se ha venido adoptando en los modelos que parten de la formulación conflictual característica de la Ley Modelo UNCITRAL.

⁴² Vide las reflexiones de GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 134-139.

⁴³ Para algunos, sería el caso asimismo del artículo 46 (3) de la *Arbitration Act* inglesa, que sólo habilitaría la aplicación de normas no estatales en caso de elección por las partes (vide POUURET, J.-F. y BESSON, S., *op. cit.*, p. 685; SHACKLETON, S. R., «The Applicable Law in International Arbitration under the New English Arbitration Act 1996», *Arbitration International*, 1997, p. 378; HILL, J., *loc. cit.*, pp. 302-303).

⁴⁴ Se habla en este sentido de un método o vía directa (vide LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., «New Arbitration Acts in Denmark and Spain. The Application of Transnational Rules to the Merits of the Dispute», *Journ. Int. Arb.*, 2006, pp. 125-135), expresión acuñada originalmente por LALIVE, P., «Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse», *Revue de l'arbitrage*, 1976, p. 155.

Por otra parte, la selección directa por el árbitro de las normas materiales apropiadas facilita evitar los problemas derivados de la «función restrictiva» de la *lex causae*, pues no cabe considerar como apropiadas, en modo alguno, normas que modifiquen o deroguen los pactos o cláusulas establecidas en el contrato. Al contrario, una solución conflictual puede llevar a la designación como ley aplicable, por ejemplo, de la ley más estrechamente vinculada, que ocasionalmente establezca una restricción de los acuerdos establecidos por las partes en virtud de sus propias normas imperativas. En tal caso, al árbitro le queda la ingrata tarea de justificar la preeminencia de los acuerdos y cláusulas contractuales «en todo caso».

Sin embargo, en la práctica este método directo encierra una supervivencia del método conflictual, si los árbitros designan las normas que consideran apropiadas no por su contenido material –inspirándose por ejemplo en su mejor adecuación al tipo de controversia habida cuenta de su desarrollo técnico–, sino por su conexión estrecha con el asunto en cuestión (*ad. ex.* si se trata de la ley del país de ejecución del contrato⁴⁵). En cualquier caso, la vía directa proporcionaría al árbitro un amplio margen de discrecionalidad, pero no absoluto. Como han señalado algunos autores, el contrapunto de esta flexibilidad es la necesidad de que el árbitro motive suficientemente su elección, de forma convincente, objetiva y previsible⁴⁶, con lo que, finalmente, la diferencia entre «normas de conflicto apropiadas» o «reglas de derecho apropiadas» se esfumaría, sobre todo si la elección recae sobre un Derecho nacional. Esta tendencia vendría a ser un residuo de la concepción «westfaliana» del arbitraje a que se refiere E. Gaillard⁴⁷, inscrita en la conciencia aguda de una diversidad de sistemas jurídicos nacionales. No se olvide que, por definición, las normas transnacionales puede ser apropiadas, pero carecen de «conexión» concreta con una situación litigiosa determinada. Para una concepción desligada de ese planteamiento «westfaliano», partidaria de un auténtico «orden jurídico arbitral», el método directo no parece conformarse con esta desvirtuación.

2. Aplicación de normativas no estatales

22. En defecto de elección, tanto en los sistemas «conflictuales» como «materiales» parece existir en la actualidad una inequívoca tendencia a permitir al árbitro el recurso a un cuerpo normativo no estatal, como los Principios UNIDROIT, a pesar de que, como también indicamos, esta opción resulta más forzada cuando la legislación arbitral aplicable parte de una solución «conflictual». Del mismo modo, queda descartada si las partes, aun no eligiendo la ley aplicable, encomiendan a los árbitros resolver la controversia de conformidad con un Derecho estatal⁴⁸.

⁴⁵ Vide *Laudos CCI n.º 4.132/1983 (Journ. dr. int., 1983, p. 891), n.º 2.694/1977 (ibid., 1978, p. 985), y n.º 3.880/1983 (Journ. dr. int., 1983, p. 897)*.

⁴⁶ Vide BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 501-502; POUURET, J.-F., y BESSON, S., *op. cit.*, p. 622.

⁴⁷ Vide «Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international», *R. des C.*, t. 329, 2007, esp. pp. 84-88 y 163-164.

⁴⁸ Vide LANDO, O., «The Law Applicable to the Merits of the Dispute», *Essays on International Commercial Arbitration* (ed. P. Sarcevic), Graham and Trotman, 1989, pp. 154-155.

Los problemas en este punto se vinculan de nuevo a la consideración de dichas normativas como *ratio scripta* o *lex mercatoria*. Como se ha señalado, su aplicación en bloque no deja de resultar problemática cuando no interviene en ella la voluntad de las partes, en la medida en que algunas de sus disposiciones pueden considerarse innovadoras, cuando no contrarias a los usos más habituales del comercio internacional o a la propia práctica arbitral. De ahí que los árbitros sean generalmente muy prudentes a la hora de introducir reglamentaciones que puedan ser sorpresivas para las partes, especialmente si son posteriores al nacimiento del litigio⁴⁹. Con todo, su interés para el árbitro está fuera de dudas, particularmente si recurre a sus disposiciones concretas *ad abundantiam*, como instrumento intelectual de apoyo en una interpretación del contrato o, incluso, de una legislación estatal que estime aplicable al fondo⁵⁰. También puede funcionar con normalidad sobre las premisas de la técnica o aproximación de los «falsos conflictos», en la medida en que hay una presunción de identidad con las soluciones del Derecho comparado, o a través de la técnica del «mosaico» complementando las lagunas del nacional Derecho aplicable⁵¹. En una dirección semejante apunta la aplicación del «tronco común» de las leyes nacionales en presencia, que trata de evitar la aplicación de una ley nacional imprevisible, extrayendo los elementos comunes de las leyes materiales implicadas, configurándose como un método especialmente vinculado a la *lex mercatoria*⁵².

La práctica arbitral acredita en muchos casos una utilización razonable de alguna de las disposiciones de los Principios UNIDROIT, que en realidad pueden considerarse reflejo o síntesis de una regla o principio general comúnmente aceptados en el comercio internacional. Así, parece plausible recurrir al artículo 7.4.9 de los Principios de 1994 para completar la laguna del Convenio de Viena de 1980 sobre el procedimiento de cálculo de los intereses previstos en el artículo 78⁵³; buena parte de los laudos arbitrales que aplican los Principios UNIDROIT tienen por objeto la integración del Convenio de Viena, en general llevada a cabo de forma bastante razonable. Genera muchas más dudas, sin embargo, la utilización de sus disposiciones como base exclusiva de un fundamento jurídico, especialmente si contradicen otros siste-

⁴⁹ Vide GRIGERA NAÓN, H., *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁵⁰ En realidad, la mayoría de los supuestos de invocación de los Principios UNIDROIT en la práctica arbitral tiene que ver con su influencia, como norma narrativa, en la interpretación en un sentido u otro de un determinado Derecho estatal aplicable al fondo, opción no sólo legítima para el árbitro, sino para cualquier juez nacional en trance de aplicar su propio Derecho (Vide sobre estos casos BERGER, K. P., «International Arbitral Practice...», *loc. cit.*, pp. 138-143; BONELL, M. J., «The UNIDROIT Principles...», *loc. cit. op. cit.*, pp. 36-40). BONELL, M. J., confirma que la mitad de los casos de utilización arbitral de los Principios UNIDROIT tiene que ver con esta función integrativa del Derecho estatal, que paradójicamente no estaba prevista en la primera edición y no se contempló expresamente hasta 2004 (cf. *Un «Codice» Internazionale del Diritto dei Contratti*, 2.^a ed., Milán, Giuffrè, 2006, pp. 310-317).

⁵¹ Siguiendo la terminología de GRIGERA NAÓN, H., *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 286 y ss.

⁵² Vide RUBINO-SAMMARTANO, M., «Le “tronc común” des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international)», *Revue de l'arbitrage*, 1987, pp. 133-138; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 859-860; *id.*: «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación internacional», *AEDIPr*; t. IV, 2004, pp. 49-50; ANCEL, B., «Tronc común. Logique et expérience dans l'arbitrage international», *Il Foro padano*, 1990/2, pp. 30-26; *id.*: «The Tronc Commun Doctrine: Logis and Experience in International Arbitration», *J. Int'l Arb.*, vol. 7, 1990/3, p. 92.

⁵³ Vide *Laudo CCI n.º 8.128/1995* y el comentario de BERGER, K. P., «International Arbitral Practice...», *loc. cit.*, pp. 134-138.

mas jurídicos relevantes; y, sobre todo, puede resultar muy arriesgada una declaración de aplicación en bloque, como ley global aplicable al contrato, cuando resulta claro que alguna de sus disposiciones son inopinadas, intervencionistas o ajenas a la tradición liberal del arbitraje comercial internacional⁵⁴. En consecuencia, la afirmación contenida, por ejemplo, en el *Laudo CCI n.º 7.110/1995*⁵⁵, amparando la aplicación de los Principios UNIDROIT como portadores de unos principios generales neutrales que reflejan un consenso internacional⁵⁶, no puede ser aceptada con carácter general, y requiere un cuidadoso proceso de análisis de la cuestión legal planteada, contrastando la solución propuesta en los Principios y su etiología a la luz de los sistemas comparados más representativos y la práctica habitual del comercio internacional. Como señala el *Laudo CCI n.º 7.375/1996, de 5 de junio*, los Principios UNIDROIT podrán ser aplicados en este contexto «*as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules*»⁵⁷. Evidentemente, su aplicación en defecto de elección puede ser directa e inmotivada si se trata de la opción prevista legalmente en la legislación arbitral aplicable, como acontecerá en muchos casos en que la sede arbitral sea Panamá, en virtud del artículo 27 de la Ley de Arbitraje panameña de 1999.

3. Aplicación de la *lex mercatoria*, los usos comerciales y los principios generales del Derecho

23. Los usos comerciales o mercantiles desempeñan una importante función, sea cual fuere la ley aplicable al fondo (*ad. ex.* art. 28 de la Ley Modelo UNCITRAL, art. 7.1.º del Convenio de Ginebra; art. 1.051.4.º ZPO; art. 1495 *Code de la procédure*). Ya se trate de usos internacionales sectoriales o, incluso, particulares entre las partes, intervienen en la regulación del fondo de la controversia como un elemento a tener en cuenta, en ocasiones de forma muy similar a los propios acuerdos entre las partes. En cierto modo, los usos comerciales devienen una suerte de acuerdo tácito o término implícito entre los contratantes u operadores económicos. Su determinación es mucho más flexible y amplia que la que permite un concepto estricto de uso normativo o costumbre jurídica como fuente del Derecho interno.

El carácter disponible de los usos comerciales implica, de un lado, la prevalencia de los pactos establecidos entre las partes cuando pudieran ser contrarios a dichos

⁵⁴ Vide *supra* los ejemplos expuestos sobre la interpretación del contrato o el *hardship*.

⁵⁵ *Bull. CCI*, 1992/2, pp. 39-54. Vide también el *Laudo CCI n.º 1.7375/1996* (y los comentarios de BERGER, K. P., «International Arbitral Practice...», *loc. cit.*, pp. 143-149) y *Laudo CCI n.º 9.797/2000 de 28 de julio* (BONELL, M. J., *I Principi UNIDROIT nella pratica*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 721-742).

⁵⁶ Vide las reflexiones de FRIGNANI, A., *L'arbitrato commerciale internazionale (Tratato di diritto commerciale e didiritto pubblico dell'economia dir. F. Galgano)*, vol. 33, Papua, Cedam, 2004, pp. 153-159.

⁵⁷ Cf. la cita de BONELL, M. J., «The UNIDROIT Principles...», *loc. cit., op. cit.*, p. 31. En un sentido igualmente prudente, el *Laudo CCI 11.256/2003* mantiene que los Principios UNIDROIT no implican necesariamente un reflejo de usos comerciales generalizados (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1416&step=Abstract>), y el *Laudo CCI n.º 11.926/2003* defiende que los Principios UNIDROIT deben contrastarse con el contenido del Derecho estatal que sería aplicable previsiblemente en defecto de elección o singularmente conectado con el contrato, con el objeto de no inducir reglas que pudieran resultar sorpresivas para las partes (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1405&step=Abstract>).

usos. En consecuencia, los usos comerciales sólo pueden ser invocados con función completiva, interpretativa o integradora, en el caso de lagunas de reglamentación o ambigüedad de los pactos contractuales.

La relación de los usos comerciales con un Derecho estatal aplicable al contrato es menos problemática en la práctica que en la teoría. La general aceptación de los usos comerciales suele implicar un reconocimiento de su eficacia por los sistemas jurídicos, de forma que en la práctica la cuestión clave consiste en determinar y acreditar dichos usos, y no en una eventual contradicción con normas imperativas del Derecho aplicable o de un tercer Estado, hecho que no suele suscitarse con frecuencia. De plantearse, una concepción moderna del arbitraje comercial internacional exige hacer prevalecer la ley si ha sido elegida por las partes (principio de autonomía)⁵⁸ de la misma forma que prevalecen las condiciones o pactos singulares, sin perjuicio, además, de que el alcance de los usos comerciales quede mediatizado por el juego de las normas imperativas, que luego analizaremos.

Respecto de los usos comerciales y su vinculación con los cuerpos normativos no estatales, la compatibilidad se facilita a través del tenor de estos mismos textos. Así, el artículo 1.9 (2) de los Principios UNIDROIT explicita que «[L]as partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable»⁵⁹. Una vez constatado el uso comercial, éste viene a ser un término implícito del contrato equivalente a un pacto, razón por la cual prevalecerá sobre cualquier disposición contradictoria de los Principios⁶⁰.

Como puede comprenderse, la mayor dificultad estriba en determinar cuándo existe un auténtico uso comercial internacional, bien entre las partes, bien general o sectorial. La acreditación de un uso comercial entre las partes debe ser ponderado caso por caso, sin que sea suficiente un mero precedente en sus relaciones contractuales; el árbitro debe analizar como circunstancia fáctica el conjunto de relaciones comerciales entre las partes. Para medir la existencia de un uso comercial general o sectorial, en cambio, el árbitro puede recurrir a informes periciales, práctica aconsejable y extendida asimismo en jurisdicciones estatales especializadas. Por otra parte, la «internacionalidad» del uso comercial es una exigencia igualmente relativa. Como puede leerse en los comentarios a los Principios UNIDROIT, excepcionalmente un uso local o nacional puede ser estimado, cuando por la naturaleza de la operación (permutas de géneros o *commodity exchanges*, exhibiciones y ferias comerciales, prácticas portuarias) son regularmente observados en operaciones internacionales, o

⁵⁸ En este sentido vide *Fouchard Gaillard Goldman...*, *op. cit.*, p. 846.

⁵⁹ Una reglamentación semejante se encuentra en el artículo 1:105 de los PECL y en el artículo 1:104 DMCR.

⁶⁰ Por otra parte, la invocación de los propios Principios UNIDROIT como constitutivos de una suerte de recopilación de usos y prácticas comerciales (*lex mercatoria stricto sensu*), no se sostiene en modo alguno si lo que se pretende es exceptuar o limitar un Derecho estatal que resulta aplicable al fondo. Vide en este sentido los *Laudos CCI n.º 9.029/1998 y 9.419/1998 (ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 88-96 y 104-106).

bien se inscriben en una actividad comercial intensa de una de las partes con el país en cuestión⁶¹.

24. El recurso genérico por los árbitros a la *lex mercatoria* tiene perfiles más indefinidos⁶². Ya se ha señalado que, salvo excepciones, se ha generalizado la aceptación del recurso por los árbitros a la *lex mercatoria*, en defecto de elección por las partes del Derecho aplicable⁶³. En los sistemas más flexibles, en que el árbitro puede recurrir directamente a una normativa no estatal, la invocación de la *lex mercatoria* puede confundirse, en primer término, con una referencia a cuerpos normativos no estatales, quedando subsumida en esta opción. Este sería el caso de aplicación del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías en un supuesto ajeno a su ámbito de aplicación, o de los propios Principios UNIDROIT. Como ya se ha señalado, la identidad entre estos cuerpos normativos y la *lex mercatoria* no siempre está justificada. Es muy posible que los Principios UNIDROIT tengan una conexión con la *lex mercatoria* inferior al propio Convenio de Viena, y en este sentido sería precisa una concepción amplia de la *lex mercatoria*, como Derecho no estatal, cuyo recurso por parte del árbitro plantea más dudas. Pero la *lex mercatoria*, en un sentido más estricto, sería una noción muy próxima a los usos comerciales internacionales, al ser inducida de las prácticas habituales del comercio internacional. Esta fórmula parecería más propicia en aquellos sistemas de decantación «conflictual», partidarios de la aplicación al fondo de una ley estatal, o simplemente cuando las partes hayan elegido como ley aplicable al fondo de la controversia un Derecho estatal, aparentemente en contradicción con los usos comerciales internacionales o, simplemente, afectado por lagunas relevantes de reglamentación.

También es cierto que la fascinación doctrinal por esta cuestión contrasta con su relevancia marginal a la hora de resolver el fondo de los litigios arbitrales⁶⁴. Sin embargo, la *lex mercatoria* ha sido uno de los instrumentos que han servido para transformar el arbitraje comercial internacional en un Derecho pretoriano o profesio-

⁶¹ Los Principios refieren estos dos ejemplos:

«A», un operador portuario, invoca frente a «B», un transportista extranjero, la aplicación de cierto uso regularmente observado en el puerto donde trabaja «A». «B» está obligado por este uso local si el puerto es normalmente usado por extranjeros y el uso en cuestión ha sido regularmente observado por todos los clientes, independientemente del lugar de su establecimiento o su nacionalidad.

«A» un agente de ventas del país «X», recibe un pedido de «B», uno de sus clientes del país «Y», solicitando el acostumbrado 10% de descuento aplicable a compras pagadas en efectivo. En el supuesto de que «A» haya llevado a cabo ventas en «Y» durante cierto período, «A» no puede objetar la aplicación de dicho uso por el hecho de que el descuento constituya un uso restringido al país «Y».

⁶² Sobre la vaguedad de la *lex mercatoria*, su imprecisión y falta de generalidad, vide KASSIS, A., *Théorie générale des usages de commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 561-576; MANN, F. A., «England Rejects Delocalised Contracts and Arbitration», *I.C.L.Q.*, vol. 33, 1984, pp. 193 ss.; MUSTILL, M., «The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years», *Liber Amicorum Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 149 ss.; LAGARDE, P., «Approche critique de la lex mercatoria», *Le droit des relations économiques internationales (Études offertes à Bethold Goldman)*, Paris, Litec, 1987, pp. 125 ss.

⁶³ La Sent. *Cour d'Appel de Paris* de 13 de julio de 1989 en el asunto de la «Compañía Valenciana de Cementos» constituye un paradigma de esta afirmación (*Journ. dr. int.*, 1990, pp. 430-433 y nota laudatoria de GOLDMAN, B., pp. 433-442).

⁶⁴ Vide PAULSSON, J., «La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI», *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 58.

nal (*arbitrator and parties make law*)⁶⁵. El conocimiento creciente de los laudos arbitrales a través de publicaciones en papel o en línea ha generado una suerte de «jurisprudencia» arbitral que, en sí misma, es una contradicción en los términos. También la monopolización del arbitraje por grandes despachos y circuitos profesionales ha colaborado en una cierta reiteración de tópicos, en primer lugar en torno al procedimiento arbitral, que, al margen o en defecto de las reglas procesales de la *lex arbitri*, acaba adoptando un sospechoso tono de uniformidad anglosajona; pero también esta estandarización afecta a los fundamentos jurídicos, que se van inspirando cada vez más en «precedentes» arbitrales que son citados y respetados entre árbitros y abogados⁶⁶. Finalmente, la *lex mercatoria* no nos proporciona un sistema de Derecho escrito, y la labor creativa de los árbitros genera la falsa apariencia de seguridad jurídica de un modelo en muchos casos deficiente en términos de previsibilidad y de calidad.

Desde otro punto de vista, sin embargo, es posible una crítica de los fundamentos reales de este Derecho pretoriano construido sobre la excusa de la *lex mercatoria*, y de la bondad auténtica de sus soluciones para el comercio internacional. Finalmente, lo que se suponía un modelo construido desde abajo, sobre la liberalidad y los intereses de los operadores económicos, se acaba convirtiendo en un modelo de autoridad, donde los árbitros y los despachos de abogados imponen, en sustitución de los Estados, el Derecho que a ellos, y no realmente a los operadores, les parece más conveniente. Abandonar la autoridad legítima y democrática de los Estados por una autoridad más sospechosa de los profesionales liberales, directamente interesados en el negocio de la controversia, no parece a primera vista una opción inteligente. Recuperar el protagonismo y el control de la controversia por parte de los operadores implica una mayor precisión a la hora de determinar el régimen de normas que deben ser tenidas en cuenta para resolver la controversia, prescindiendo de genéricas referencias a la *lex mercatoria* que son una carta en blanco para la impunidad arbitral y la imprevisibilidad en la solución de las controversias, que finalmente es el mejor aliado de la litigiosidad y la inseguridad jurídica, fuente de costes e ineficiencia para el comercio internacional.

25. En ambos casos, sin embargo, los usos comerciales y la *lex mercatoria* deben distinguirse de los principios generales del Derecho. Los principios generales tienen como fuente los propios sistemas jurídicos nacionales y los textos convencionales. De la comparación entre sistemas, se extrae una serie de principios que informan dichos sistemas e integran la interpretación de sus normas. Sin embargo, su generalidad y evidencia (*pacta sunt servanda*) los hace bastante inútiles en la práctica⁶⁷. Que los contratos deben cumplirse es un principio general del Derecho que no

⁶⁵ El árbitro, como reconoce LANDO, O., al aplicar la *lex mercatoria* en realidad «inventa» o «construye» una solución (cf. «The *Lex Mercatoria*...», *loc. cit.*, pp. 752-753).

⁶⁶ Se ha llegado a asociar esta jurisprudencia arbitral, al menos en cierta medida, con los «usos del comercio internacional» (vide BÉGUIN, J., *L'arbitrage commercial international*, Montréal, 1987, p. 164). Se trata de una asociación a nuestro juicio indebida, pues en todo caso se trata de fundamentos jurídicos reiterados en decisiones arbitrales, cuya legitimidad no proviene en modo alguno de las prácticas de los operadores, sino de los árbitros, escamoteando a menudo la imposición de un Derecho pretoriano que en muchas ocasiones se ha impuesto incluso contra la voluntad de los contratantes, para orillar un Derecho elegido incómodo, que suele coincidir con el ordenamiento de un país en vías de desarrollo o no alineado en el modelo jurídico occidental.

⁶⁷ Vide en este sentido MUSTILL, M., *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 156.

aporta gran cosa, sobre todo si lo que se discute es una exoneración de responsabilidad del contrato por excesiva onerosidad, donde resultará imposible extraer un «principio general» que abone la respuesta.

Por supuesto, los principios generales del Derecho tienen un papel relevante en la argumentación jurídica, cualquiera que sea la ley aplicable el fondo, pero no a pesar de ella. Con harta frecuencia se ha visto cómo el recurso a estos principios trataba sencillamente de hacer prevalecer una determinada concepción jurídica, frente al reto de tener que aplicar ordenamientos jurídicos de países no occidentales, no demasiado conocidos ni fáciles de aplicar por los árbitros, acreditando un abuso de la noción que no resulta admisible para eludir, en especial, la ley aplicable elegida por las partes o la necesidad de justificar las reglas de Derecho aplicables al fondo que se estiman oportunas, en su defecto. En este último caso deben tratarse de principios auténticamente generales (transnacionales), accesibles e indudablemente previsibles para las partes. De lo contrario, la acción de los árbitros se convertiría en un dudoso *Deus ex machina*, en expresión de J. F. Poudret y S. Besson⁶⁸.

VI. EL ÁRBITRO FRENTE A LAS NORMAS DE INTERVENCIÓN O IMPERATIVAS

26. En apartados anteriores ya hemos señalado la conveniencia de que en el arbitraje comercial internacional quede descartada la aplicación de las normas imperativas de la *lex contractus* o ley aplicable al fondo de la controversia, en la medida en que dichas normas sean incompatibles con los pactos y cláusulas establecidas por las partes (función restrictiva de la *lex contractus*). Esta afirmación es aún más clara cuando se trata de la aplicación de las leyes de policía de la *lex causae*. Aunque sea un lugar común afirmar dicha aplicación⁶⁹, en realidad una interpretación más respetuosa con el principio de la autonomía de la voluntad –como principio no sólo del régimen contractual, sino también del arbitraje– lleva a la conclusión contraria⁷⁰. Si las partes no lo han expresado, lo lógico es interpretar que la sujeción de una determinada ley rectora del fondo no debe implicar restricciones a lo pactado por las partes que, seguramente, las partes no han contemplado⁷¹. La conclusión es válida para las leyes de policía basadas en intereses públicos u ordopolíticos, pero también para las dispo-

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 630.

⁶⁹ Vide por ejemplo RACINE, J.-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 241-269. El análisis de la «jurisprudencia» arbitral analizada en este estudio demuestra que hay laudos arbitrales para todos los gustos en relación con este punto.

⁷⁰ Vide el planteamiento crítico, aunque prudente, de ARFAZADEH, H., *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Zurich, Schulthess, 2006, pp. 250-254.

⁷¹ De hecho, la excepción o exclusión de las normas de intervención posteriores a la celebración del contrato por parte de quienes defienden la aplicación de las leyes de policía de la *lex causae* [*ad. ex. DERAÏNS, Y.*, «Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale», *Le droit des relations économiques internationales (Études offertes à Bethold Goldman)*, Paris, Litec, 1987, p. 37], es muy significativa: esta excepción demuestra que el fundamento de la aplicación no es, como pudiera ser en el ámbito de la jurisdicción estatal, un principio de «autonomía conflictual», sino puramente material. Si es así, no parece lógico admitir la contradicción de la ley de policía, aun anterior a la celebración del contrato, con un pacto expreso por las partes en el contrato; de otro, lo lógico sería partir del

siciones materiales de la *lex causae* que pretender un determinado equilibrio obligacional entre las partes⁷².

Eso no quiere decir que una ley estrechamente vinculada al contrato, incluso si coincide con la ley aplicable al fondo, no pueda proporcionar normas de intervención o imperativas cuya consideración por el árbitro se encuentre justificada tanto en su especial imperatividad –en el sentido del «orden público internacional»–, que les confiere voluntad de aplicación cualquiera que sea la ley aplicable al fondo, como en su significativa vinculación con el contrato⁷³. Pero, en cualquiera de estos casos, la justificación de la aplicación de dichas normas imperativas es independiente de su ubicación en la *lex causae* o en la ley de un tercer Estado⁷⁴. Se trataría, pues, del supuesto de aplicación característico del artículo 7.1.º del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o del más restrictivo artículo 9.3.º del Reglamento (CE) núm. 593/2008 de 17 de junio de 2008 («Roma I»).

Del mismo modo procedería descartar las normas imperativas previstas por la *lex arbitri*, trasunto de la *lex fori* a cuyas normas imperativas se refieren los artículos 7.2.º del Convenio de Roma y 9.2.º del Reglamento «Roma II». Ciertos sistemas, como el suizo (art. 176.1 de la Ley de Derecho internacional privado), obligan a los árbitros a tomar en consideración sus leyes de policía, como país de la sede, lo que resulta criticable. Como se ha señalado, el papel de la *lex arbitri*, de la ley de la sede arbitral, resulta fundamental en el ámbito del procedimiento arbitral, dónde despliega con normalidad tanto una función completiva como restrictiva. Pero este papel no debería extenderse al fondo de la controversia. Un buen ejemplo de este modelo viene dado por los propios motivos de anulación del laudo contemplados en el art. 9 del Convenio de Ginebra. Ciertamente, si el país de la sede arbitral contempla la posibilidad de un recurso de anulación, amparada en criterios de orden público internacional propios (no de naturaleza transnacional), es muy posible que los árbitros lo tengan presente para garantizar la eficacia del laudo (*Exportfähigkeit*)⁷⁵.

Con más motivo aún, las normas imperativas del foro tienen un papel que jugar en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones [*ad. ex. art. V 2. b)* del Convenio de Nueva York], aun cuando no coincida con la *lex arbitri*, y con independencia de lo previsto en el Convenio de Ginebra], por lo que también es concebible una apli-

principio de que las leyes de policía, de alcance claramente restrictivo, sólo deberían considerarse en caso de inclusión expresa y no sobre una presunta inclusión por las partes en su referencia a la ley aplicable.

⁷² Vide en particular, RADICATI DI BROZOLO, L. G., «Arbitrage commercial international et lois de police (considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international)», *R. des C.*, t. 315 (2005), pp. 453-457. Una muestra de esta tendencia se observa en el *Laudo CCI n.º 5.030/1992 (Journ. dr. int., 1993, p. 1.004)* o en el *Laudo CCI n.º 8.385/1995 (Journ. dr. int., 1997, p. 1061)*.

⁷³ Para una defensa reciente vide SERAGLINI, CH. *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001.

⁷⁴ Así, el *Laudo CCI n.º 12.127/2003 (Yearbook of Commercial Arbitration, vol. XXXIII, 2008, pp. 82-101)* procede a aplicar las normas imperativas sobre libre competencia vigentes en Francia, no porque la ley aplicable al fondo fuera la ley francesa, sino porque se trataba de normas, por lo demás de origen comunitario, de carácter inequívocamente imperativo, cuyo delimitador espacial eran los efectos de la conducta enjuiciada en el mercado comunitario, y no en EE.UU. ni en Canadá.

⁷⁵ Esta capacidad de exportación de las sentencias dictadas en una determinada sede justifica sistemas como el suizo, abierto a la consideración de las normas imperativas de terceros Estados (cf. RADICATI DI BROZOLO, L. G., *op. cit.*, pp. 343-344).

cación prospectiva de las leyes de policía del país correspondiente a la jurisdicción secundaria. Existe toda una práctica acreditada tendente a que los árbitros tengan en cuenta las normas imperativas del país de ejecución del laudo, aunque las partes hayan elegido la ley del contrato; y, si no lo han hecho, dicha tendencia se orienta incluso a ligar la aplicación de las leyes de policía del país de eventual ejecución del laudo a su misma consideración como *lex contractus*.

Sin embargo, en términos técnicos –y no puramente pragmáticos–, la aplicación de las normas imperativas de la *lex arbitri*, tanto por el árbitro como por el juez encargado de la anulación o del reconocimiento del laudo, no puede encontrar fundamentos diversos a la regla general que justifica la aplicación de las normas imperativas de cualquier tercer Estado. Los árbitros no tienen «foro». En efecto, tratándose de normas imperativas que afectan al fondo, en particular las que limitan la solución de una controversia contractual, dicha aplicación carece de sentido sin un previo análisis de la vinculación de la *lex arbitri* al fondo, amén de la determinación de su naturaleza de orden público internacional. Por una parte, la sede es una ley elegida por las partes que en innumerables casos no tiene vinculación alguna con el fondo del asunto; por lo demás, encaja con la limitación de la función restrictiva de un régimen que es elegido por las partes, aunque sólo sea indirectamente. Lo mismo cabe decir respecto de las normas imperativas de la jurisdicción secundaria, al margen de su discutible previsibilidad.

27. En muchos casos, la consideración de las normas imperativas estatales en el arbitraje comercial internacional no merece el calificativo de «aplicación». Cuando las normas de intervención se vinculan a la justificación del incumplimiento contractual por fuerza mayor o imposibilidad legal, la consideración de la norma imperativa no va más allá de lo fáctico, ni puede considerarse otra cosa que un simple hecho, como un terremoto o un tsunami. Si el tsunami justifica el incumplimiento y la resolución del contrato sin derecho a indemnización por daños, no por ello cabe decir que aplicamos, junto a la *lex contractus*, el «tsunami».

La aplicación de las normas imperativas implica que el árbitro tome en consideración y considere legítimo el cumplimiento o la interferencia de normas de orden público económico de un Estado particularmente vinculado al contrato, en particular del país de ejecución. Las normas imperativas aplicables no necesariamente responderán a una fuente estatal. En el caso de los países de la Unión Europea, buena parte del orden público económico se encuentra en disposiciones institucionales, como las que regulan el Derecho de la competencia⁷⁶. La consideración por el árbitro de las leyes de policía no puede justificarse, simplemente, en la armonía de dicha aplicación y de dicha norma con el Derecho internacional general. En definitiva, la consideración de las normas del país de ejecución del contrato responde a un modelo o principio generalmente aceptado, sin duda vinculado al respeto de la soberanía nacional, que hace exigible a las partes de un contrato el respeto de determinadas normas de

⁷⁶ Sents. TJCE de 23 de marzo de 1982 (As. 102/81: «Nordsee»); Sent. TJCE de 1 de junio de 1999 (As. C-126/9: «ECO-Swiss»). Cf. LIEBSCHER, C., «European Public Policy», *Journ. Int. Arb.*, 2000, pp. 73-88. Vide también HOCHSTRASSER, D., «Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration», *Journ. Int. Arb.*, vol. 1, 1994, p. 85; VERBIST, H., «The Application of European Community Law in ICC Arbitration», *Bull. CIA/CCI (Special Supplement: International Commercial Arbitration in Europe)*, 1994, pp. 33-58.

interés público (protección del libre mercado, medioambientales, sanitarias, administrativas, de gestión de recursos naturales...) del país de ejecución⁷⁷. La aplicación por el árbitro de estas normas no radica tanto en su carácter ordopolítico o soberano, como en la estrecha conexión del contrato con un Estado, que hace que las partes deban prever su aplicación⁷⁸, justificada en sus legítimas expectativas y al mismo tiempo en el contenido legítimo de una medida legal que es exportable o asumible en el marco de los principios generales que rigen el comercio mundial⁷⁹. De hecho, es perfectamente factible, y hasta usual, que las propias partes establezcan en el contrato cláusulas que condicionen su eficacia al cumplimiento de determinadas normas de policía del país de ejecución del contrato, coincida o no con la *lex contractus*. Aunque esta referencia por las partes no es imprescindible para que el árbitro aplique o considere la ley de policía, en tales casos la posibilidad de aplicarla deviene en realidad una obligación ineludible⁸⁰.

Resulta evidente que normas imperativas de retorsión, como la ley *Helms Burton*⁸¹, no pueden ser retenidas por el árbitro, ni siquiera en supuestos que tengan una vinculación territorial. También tiene sentido que la *Sent. Tribunal Federal suizo de 17 de abril de 1990*⁸², aun compartiendo que la lucha contra la corrupción sea un principio de orden público transnacional, haya considerado que la prohibición de toda intermediación por la legislación argelina sea una restricción desproporcionada de la libertad del comercio y de la autonomía de la voluntad. En contrapartida, una normativa *antitrust* del mercado afectado, la exigencia de una autorización gubernamental para la explotación de recursos naturales o la obtención de una licencia medioambiental como condición para ejecutar un contrato, deben formar parte ineludible de la motivación de un laudo que se enfrenta, por ejemplo, a una reclamación por incumplimiento de un contrato.

28. Es cierto que muchos sistemas –como el francés– son particularmente reacios a tener en cuenta normas imperativas de terceros Estados, en la medida en que su consideración implique un laudo que se aparte del mandato de las partes. De hecho, es preciso reconocer que la aplicación de normas imperativas de terceros Estados se antoja mucho más delicada si las partes han elegido como ley aplicable al contrato un ordenamiento jurídico distinto. Pero un análisis de la práctica arbitral⁸³ en realidad demuestra que la consideración de las normas imperativas estatales está presente

⁷⁷ Vide DERAIS, Y., «Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international», *Travaux du comité français de droit international privé (1984-1985)*, Paris, CNRS, 1987, p. 86.

⁷⁸ Vide DERAIS, Y., «Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration», *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCE Congress Series 3, 1987, p. 227.

⁷⁹ Por supuesto, siempre han existido planteamientos partidarios de excluir la aplicación de las normas de intervención no contempladas por las partes, amparando la anulación del laudo por su carácter *ultra vires*, aunque estas tesis están en completo desuso (vide GRIGERA NAÓN, H., *loc. cit., op. cit.*, p. 186).

⁸⁰ Vide RADICATI DI BROZOLO, L. G., *loc. cit.*, pp. 452-453.

⁸¹ Vide en este sentido GAILLARD, E., «Aspects philosophiques...», *op. cit.*, pp. 181-183.

⁸² *Revue de l'arbitrage*, 1993, p. 322.

⁸³ En relación con la práctica arbitral de la CCI, puede verse GRIGERA NAÓN, H., *loc. cit., op. cit.*, pp. 296-371.

como una suerte de principio general del Derecho internacional privado comparado⁸⁴. La opinión en este sentido de la propia CCI, actuando como *amicus curiae* ante el Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Mitubishi*, es reveladora⁸⁵. Más difícil resulta precisar las condiciones en que está consideración de las normas de intervención estatales resulta admisible por el árbitro.

Sin duda, la «jurisprudencia» en materia de arbitraje de inversiones ha perjudicado una visión cabal del juego de las normas imperativas estatales en el arbitraje comercial internacional. Desde luego, esa suerte de responsabilidad objetiva del Estado en el arbitraje de inversiones sobre todo ha perjudicado al propio arbitraje de inversiones, que sigue necesitando urgentemente un criterio de justicia que separe las intervenciones legítimas de las que no lo son. Esta contaminación no debería afectar, sin embargo, al arbitraje comercial internacional, por su propia naturaleza. Uno de los criterios esenciales para que una norma imperativa sea sospechosa es su singularidad, al igual que la generalidad o irretroactividad son indicios positivos. Pero lo esencial en el arbitraje comercial es que el juego de la norma imperativa sea consecuente con una práctica universal o generalmente aceptada, que se adecue a las prerrogativas universalmente homologables de las políticas públicas, siempre sin discriminación por razón del modelo económico al que pueda adscribirse el Estado en cuestión. No se trata de que el contenido de la medida o de la norma sea universalmente, sino «generalmente» aceptado (orden público transnacional); de hecho hay excepciones para todos los gustos, ya sea el tráfico de drogas o la protección del medio ambiente, que impide reconocer un carácter auténticamente universal a norma alguna. Se trata de que, no siendo su contenido contrario al orden público «transnacional»⁸⁶ (como sería la ley *Helms Burton*), se considere una norma de intervención justificada por razones de conexión del contrato con el Estado en cuestión, cuyo contenido pueda justificarse de forma razonable a la luz de los criterios de interés público generalmente aceptados, con independencia de su contenido o alcance concretos. Y, además, que la aplicación de la norma responda a las expectativas razonables de la partes⁸⁷. Así, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, un importador no puede prevalerse de la inaplicación de las normas administrativas que regulan la importación de las mercancías en su país, o de las disposiciones sobre las modalidades de ejecución material de las prestaciones, o la obtención de licencias y permisos administrativos.⁸⁸ Un contrato destinado a producir efectos en un determinado mercado genera para las partes la obligación de tener en cuenta las reglas sobre libre competencia del mercado afectado.

⁸⁴ Vide esta conclusión en GRIGERA NAÓN, H., *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 327; RADICATI DI BROZOLO, L. G., *loc.cit.*, p. 440 y SERAGLINI, CH., *Lois de police...*, *op. cit.*, pp. 483 y ss.

⁸⁵ «... there is a growing tendency of international arbitrators to take into account the antitrust laws and other mandatory legal rules expressing public policy enacted by a State that has a significant relationship to the facts of the case, even though that State's law does not govern the contract by virtue of the parties' choice or applicable conflicts rules» (*Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler – Plymouth*), 473 US 614).

⁸⁶ Vide LALIVE, P., «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1986, pp. 329-373.

⁸⁷ Vide DERAIS, Y., «Attente...», *loc. cit.*, pp. 89-90.

⁸⁸ *Ad. ex. el Laudo CCI n.º 6.500/1992* aplica las normas imperativas en materia de contrato de agencia del país de ejecución, si bien las partes no habían elegido la ley aplicable.

29. Evidentemente, la acción de las leyes de policía no sólo sobrepuja al Derecho aplicable elegido por las partes o en defecto de elección, sino que se impone con independencia de cuál sea su fuente (Derecho estatal, no estatal o *lex mercatoria*). Resulta significativo que los Principios UNIDROIT, para muchos trasunto de la *lex mercatoria* o de los principios generales del derecho, establezcan abiertamente su compatibilidad con las normas imperativas estatales⁸⁹. En efecto, el Preámbulo de los Principios contempla esta compatibilidad con carácter general, al afirmar en su artículo 1.4. que «estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado»⁹⁰. Esta cautela no está pensando, necesariamente, en la intervención de una jurisdicción estatal, sino que en su

⁸⁹ Vide SÁNCHEZ LORENZO, S., «La unificación del Derecho comercial internacional», *Globalización y comercio internacional*, Madrid, BOE, 2005, pp. 244-246.

⁹⁰ Pero el principio transcrito, más allá de su alcance general, se evidencia en algunas de las disposiciones y comentarios de los mismos Principios. Así, el comentario al artículo 1.1. (principio de la autonomía material y de la libertad contractual) precisa con claridad la incidencia de las normas estatales que restringen la libre competencia en virtud de intereses públicos. Frente al principio de libertad de forma recogido en el artículo 1.2, se reconoce que este principio «puede ser dejado de lado, obviamente, en virtud del derecho aplicable... Tanto el Derecho nacional como los tratados internacionales pueden imponer requisitos esenciales de forma, bien sea al contrato en su conjunto, bien a sus cláusulas individualmente consideradas». Al enunciar el principio «pacta sunt servanda» y el efecto vinculante de los contratos (art. 1.3), los Principios indican que «requisitos adicionales para la celebración válida de un contrato pueden encontrarse en las normas de carácter imperativo del derecho interno o internacional aplicable». Al tratar el deber de confidencialidad (art. 2.16), se pondera que si el período en que no se debe divulgar una determinada información es demasiado largo «podría contravenir las leyes aplicables que prohíben restricciones a las prácticas comerciales». Asimismo, se tiene en cuenta, al establecer que cada parte asume los gastos derivados del cumplimiento de sus obligaciones (art. 6.1.11), las modificaciones que resultan de las legislaciones fiscales estatales designando a un obligado al pago distinto de quien debe asumir el gasto, con el consiguiente derecho de reembolso. Especialmente enjundiosa es la disposición contenida en el artículo 6.1.14 de los Principios en relación con las exigencias de autorizaciones públicas impuestas por la ley de un Estado como condición de validez o límite del cumplimiento del contrato. El comentario aclara que «estos principios no se ocupan de la relevancia jurídica del requisito de obtener una autorización pública. Qué tipo de autorización es necesario obtener, en el caso de que sea necesario, se determinará conforme al derecho aplicable, incluyendo las normas de Derecho internacional privado». Y añaden: «Los requisitos de autorización pública a los que se refiere este artículo son los que determina la ley aplicable o las regulaciones en vigor al momento de celebrarse el contrato. No obstante, estas disposiciones podrán también aplicarse a las autorizaciones públicas que pueden exigirse después de la celebración del contrato». A su vez, al reglamentar las «penas judiciales» o *punitive damages*, el artículo 7.2.4. prevé que la sanción sea satisfecha a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual, «salvo que las normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa». Al respecto, los comentarios recuerdan que «los ordenamientos jurídicos difieren respecto a si la pena judicial debe pagarse a la parte perjudicada, al Estado o a ambos. En algunos ordenamientos se considera el pago de la pena a la parte perjudicada como una dádiva injustificada que es contraria al orden público. Este artículo rechaza este último punto de vista y apunta a la parte perjudicada como beneficiaria de la pena, pero la primera frase del inciso 2 expresa que las disposiciones de orden público del derecho del foro podrían impedir tal solución, indicando asimismo otros posibles beneficiarios de las penas judiciales». Las normas imperativas justifican la delimitación del régimen de los intereses de restitución contemplados en el artículo 7.4.10, que «no se ocupa del problema de los intereses compuestos, que conforme al derecho interno de algunos países se encuentra sujeto a normas de orden público orientadas a proteger a la parte incumplidora». Al regular en el artículo 9.1.1. la cesión de créditos, los Principios son conscientes de que «los derechos de los terceros podrán también, en ciertos casos, quedar sometidos a las normas de carácter imperativo del derecho aplicable (por ejemplo el derecho de quiebras)». Respecto de la prescripción, se afirma en el comentario al artículo 10.1 la prevalencia de las leyes de policía relativas a la duración, suspensión o renovación de los períodos de prescripción...

mayor parte es igualmente extensible a la aplicación de los Principios por los árbitros. Si, además, los Principios UNIDROIT han sido incorporados por las partes, no admite duda de que la compatibilidad con las leyes de policía es parte esencial de los Principios, lo que viene a confirmar su incidencia general en el arbitraje comercial internacional, concurra o no con la *lex mercatoria*.

30. Con todo, la posibilidad de aplicación de las normas imperativas o leyes de policía no agota todos los problemas. Se duda si los árbitros pueden aplicar dichas disposiciones de oficio, cuando no son invocadas por las partes. Aunque se trata de una facultad admisible para muchos autores, lo cierto es que abre la posibilidad de un recurso de anulación por actuación *ultra petita*, de pronunciamiento incierto. Amén de ello, la incorporación de estas normas en el procedimiento arbitral debe producirse en el momento oportuno para que las partes puedan debatir sobre su aplicación. Finalmente, más dudas aún se suscitan si las partes expresamente excluyen la consideración de las leyes de policía de un determinado sistema jurídico, que los árbitros consideran de necesaria consideración. En tal caso, para muchos la solución más correcta es la renuncia de los árbitros, que pueden considerar ilegal el acuerdo arbitral. Los más audaces proponen que los árbitros dicten un laudo con opciones de ser eficaz y ejecutivo, lo que exige la consideración de tales normas imperativas, aun a riesgo de que las partes consideren excedido el mandato arbitral⁹¹.

VII. SUPUESTOS DE ANULACIÓN DEL LAUDO POR DEFECTUOSA APLICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO

1. Inaplicación de la *lex causae* y congruencia del laudo arbitral

31. La ausencia de una revisión o control de fondo del laudo arbitral en la mayor parte de las legislaciones arbitrales modernas parecería excluir, *a priori*, una acción de anulación del laudo por incorrecta determinación o aplicación de la ley aplicable al fondo, y así lo señalan algunos autores⁹². La inadmisión es indudable por lo que se refiere a una incorrecta interpretación de la ley aplicable al fondo⁹³. No existe un motivo de anulación que pueda justificar una acción de anulación basada exclusiva y directamente en la correcta o incorrecta fundamentación jurídica del laudo. Sin embargo, la ley aplicable al fondo puede conectarse bajo determinadas circunstancias con otros motivos de anulación, esencialmente los referidos al incumplimiento del mandato fijado por las partes en el acuerdo arbitral, el respeto del principio contradictorio en el proceso, y, por supuesto, el orden público.

32. En primer término, una inaplicación de la ley rectora del fondo puede implicar una incongruencia con el propio acuerdo arbitral, en particular si no se atiende al

⁹¹ Vide especialmente las consideraciones de RADICATI DI BROZOLO, L. G., *loc. cit.*, pp. 476-481.

⁹² Vide CHECA MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, p. 351.

⁹³ Ciertamente, algunos sistemas contemplan la posibilidad de un recurso, muy restringido, por error de Derecho del foro manifiesto. El supuesto más característico es el «*appeal on a point of law*» contenido en el artículo 69 de la *Arbitration Act* de 1966. Vide asimismo el precedente norteamericano «*Government of India v. Cargill*», 1989.

marco jurídico fijado por las partes en dicho acuerdo o en el acta de misión⁹⁴. Siguiendo la estructuración propuesta por autores como Fouchard, Gaillard y Goldman⁹⁵, las situaciones que pueden poner en entredicho la misión de los árbitros en relación con la ley aplicable al fondo son tres. La primera se refiere a los casos en que el árbitro interviene como *amiable compositeur* o en equidad. Siempre que no lo haga erróneamente, la flexibilidad implícita en el arbitraje de equidad hace difícil que prospere una anulación sobre la base de la «inequidad» de los fundamentos del laudo, que en la práctica se convertiría en una revisión del fondo.

33. La segunda tiene que ver con la sumisión por las partes a un arbitraje de Derecho, sin especificar el Derecho aplicable, supuesto que podría justificar la aplicación de normas no estatales o de la *lex mercatoria*. En este caso, la fundamentación del laudo en la *lex mercatoria* o en los usos comerciales difícilmente justificará un recurso de anulación⁹⁶, a menos que encubra de forma grosera un arbitraje de equidad contrario a la sujeción por las partes a un arbitraje de Derecho⁹⁷. Basta una mínima motivación racional de las reglas o usos utilizados para deslegitimar el recurso de anulación del laudo⁹⁸, sin mencionar la posibilidad de que la motivación del laudo haya sido dispensada por las partes, o el mismo recurso de anulación objeto de renuncia por ellas, lo que resulta singularmente factible por no implicar este motivo ni intereses públicos ni derechos fundamentales⁹⁹.

34. La tercera hipótesis abarcaría un arbitraje de Derecho en que las partes han designado con claridad la aplicación de un Derecho aplicable al fondo, designando un determinado Derecho estatal o no estatal (los Principios UNIDROIT, por ejemplo), que no ha sido aplicado por el Tribunal Arbitral¹⁰⁰. La omisión o sustitución por parte del Tribunal Arbitral de la ley aplicable al fondo elegida por las partes constituye una inobservancia esencial del contenido del mandato de las partes al Tribunal Arbitral para resolver la controversia, y en sí misma es causa suficiente para motivar un recur-

⁹⁴ Con todo, algunas jurisdicciones nacionales han desestimado la posibilidad de utilizar este argumento para atacar una omisión por los árbitros del Derecho aplicable al fondo: vide *ad. ex. Sent. Cour d'Appel de Paris* de 23 de marzo de 2006, en relación con el artículo 1.502 (3) del *Code de la Procédure Civile*, en un caso en que se impugnaba la aplicación en primer término del Derecho francés relegando a la *lex mercatoria* a un segundo lugar, al contrario de cómo estaba previsto en el contrato (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXII-2007, pp. 282-289).

⁹⁵ Fouchard, Gaillard, Goldman..., *op. cit.*, pp. 943-947.

⁹⁶ El asunto *Valenciana de Cementos v. Primary Coal*, resuelto por la *Sent. de la Cour de Cassation* de 22 de octubre de 1991 es paradigmático en este sentido, al decidir sobre el Laudo parcial CCI núm. 5953/1989 de 1 de septiembre (Vide los comentarios de DERAÏNS, Y., *Journ.dr.int.*, 1990, pp. 1061-1063; GOLDMAN, B., *Journ. dr. int.*, 1990, pp. 433-442; LAGARDE, P., *Revue de l'arbitrage*, 1990, pp. 666-674; OPPETT, B., *Rev.crit. dr. int. pr.*, 1990, pp. 307-316). Más aún que su conocido precedente, el caso «Norsolor» resuelto por el Laudo CCI núm. 3131/1979 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. IX, 1984, pp. 109 ss.).

⁹⁷ Vide GIARDINA, A., «La *lex mercatoria* e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, pp. 467-469.

⁹⁸ De ahí que, para algunos autores, en defecto de elección, la determinación de las reglas de Derecho aplicable por los árbitros sea libérrima, por no someterse a un control de las jurisdicciones estatales, tal vez con excepción del art. 68 de la Ley de Arbitraje inglesa (cf. POUURET, J-F. y BESSON, S., *op. cit.*, pp. 623-624).

⁹⁹ Vide FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *R.E.D.I.*, vol. LVII, 2005/2, pp. 622-625.

¹⁰⁰ Vide FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international», *R. des C.*, t. 290 (2001), p. 203 ; HILL, J., *loc. cit.*, pp. 303-304.

so de anulación [art. 9 c) del Convenio de Ginebra de 1961] o denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral [art. V.1.º c) del Convenio de Nueva York de 1958]. Para evaluar correctamente la desviación en el laudo del mandato contenido en la elección por las partes del Derecho aplicable al fondo, tanto el recurso de anulación como, en su caso, el órgano jurisdiccional, necesitan llevar a cabo una valoración de la solución de reemplazo o sustitución llevada a cabo por los árbitros.

En un primer término, debe despejarse la duda acerca de si los árbitros han incumplido su obligación de decidir conforme a Derecho y no con base en la equidad. Como ya se ha señalado, el arbitraje de Derecho exige, por un lado, un *plus* de motivación del laudo, y la oportunidad de que las partes hayan podido debatir sobre el Derecho aplicable. Un laudo que decide en equidad cuando debía hacerlo en Derecho debe ser anulable, y el único parámetro que habilita tal decisión es la necesidad de que el arbitraje de Derecho esté aparente o expresamente fundado en normas jurídicas, con independencia de que hayan sido aplicadas o no correctamente¹⁰¹.

En segundo lugar, cuando existe una elección por las partes del Derecho aplicable, el árbitro está obligado a justificar sus fundamentos jurídicos en el Derecho elegido por las partes o, en otro caso, a dejar constancia del motivo de su inaplicación¹⁰². La posibilidad de anulación es clara si los árbitros aplican un Derecho estatal distinto al elegido por las partes, o dejan de aplicar un Derecho no estatal preciso, escogido por las partes, como los Principios UNIDROIT. Sin embargo, la anulación resulta más complicada si una de las partes se ampara en una presunta «elección tácita». También es más reducida si han tomado en consideración usos comerciales internacionales, incluso *contra legem*. No debe olvidarse que, al igual que los pactos entre las partes, los usos comerciales internacionales tienden a imponerse¹⁰³. Pero no cabe descartar, tampoco en este caso, la vía del recurso de anulación fundado en un desplazamiento del Derecho estatal elegido por las partes y basado en referencias vagas o genéricas a los usos comerciales o reglas de la *lex mercatoria*¹⁰⁴. La ausencia de revisión del fondo como principio de base del recurso de anulación puede desvirtuar, sin embargo, este control. Así ocurre si los árbitros «interpretan» el Derecho elegido por las partes (*ad. ex.* el egipcio) sobre la base de una presunta identidad o inspiración en un Derecho distinto (el francés), como ocurrió en el asunto «*Crocodile Tourist Project C.*

¹⁰¹ La jurisprudencia alemana es particularmente ilustrativa de esta restricción: *Sent. OLG Frankfurt* de 26 de octubre de 1983 (*RIW*, 1984, p. 400) y *Sent. BGH* de 29 de septiembre de 1985 (*RIW*, 1985, p. 970).

¹⁰² Los casos más característicos a menudo resultan sospechosos de cierta «occidentalización» de los árbitros y de sus decisiones, prescindiendo sin muchos miramientos de las cláusulas de elección de Derechos correspondientes a sistemas africanos, orientales o de países en vías de desarrollo, que las hacen vulnerables a la crítica. *Ad ex: Laudo CCI* núm. 5.030/1992.

¹⁰³ En el *Laudo CCI* núm. 8.873/1997 (*Journ.dr.int.*, 1998, p. 1.017) éste es el motivo que fundamenta la evicción del Derecho español por contradecir los usos comerciales internacionales sectoriales en el ámbito de la construcción, invocando en particular el artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1961 para justificar la facultad de los árbitros a la hora de establecer el alcance, función y jerarquía de tales usos, si bien reconociendo las limitaciones impuestas por las normas imperativas de la ley aplicable. Vide también *Laudo CCI* núm. 7.518/1994 (*Journ. dr. int.*, 1998, p. 1034); núm. 6527/1991 (*Yearbook of Commercial International*, vol. XVIII, 1993, p. 44); *Laudo CCI* núm. 8.486/1996 (*Journ. dr. int.*, 1998, p. 1047), cit. por LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., *loc.cit.*, *op. cit.*, p. 711, nota 65.^a

¹⁰⁴ Cf. BÉGUIN, J. y MENUJUCQ, M. (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005, p. 1.057.

(*Egypte*) c. *Aubert*» resuelto por la *Sent. Cour d'Appel de Paris de 1.º de marzo de 1988*¹⁰⁵. Del mismo modo, el recurso de anulación debe prosperar cuando los árbitros utilizan el expediente de la imposibilidad material de conocer el Derecho elegido por las partes para sustituirlo por su propia concepción de la *lex mercatoria*. El referido *Laudo ICSID de 20 de mayo de 1992*¹⁰⁶ es un ejemplo característico de elusión del Derecho elegido por las partes, con la excusa de que el Derecho egipcio no contiene una determinación del *dies a quo* para el cálculo de intereses, calificado por E. Gaillard como tan caricaturesco que basta para desacreditar el método¹⁰⁷.

2. Ley aplicable al fondo y orden público

35. La ley aplicable al fondo puede suscitar asimismo una anulación o denegación del reconocimiento basada en razones de orden público internacional. No debe olvidarse, sin embargo, que el recurso al orden público en ambos supuestos está limitado en los Estados parte del Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961, afectando igualmente al artículo V.2 del Convenio de Nueva York.

En particular, el recurso al orden público internacional es una opción evidente cuando el tribunal arbitral omite la consideración de normas imperativas de la sede arbitral, ya se trate de la jurisdicción primaria en un procedimiento de anulación, o de la jurisdicción secundaria en un procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. En el caso de los países de la Unión Europea, es un lugar común la incorporación de las normas de competencia como reglas de orden público económico, cuya omisión puede suponer la denegación del reconocimiento o la anulación del laudo. El impacto de la *Sent. TJCE de 1 de junio de 1999 (As. 126/97: «Eco Swiss»)* en la jurisprudencia de los Estados miembros ha sido evidente¹⁰⁸.

36. Menos generalizada es la reconducción de las cuestiones relativas al Derecho aplicable al fondo hacia el concepto de orden público internacional. En algunas jurisdicciones, la inaplicación de la *lex fori* establecida por las partes como ley aplicable al fondo fundamenta la anulación del laudo arbitral, si bien puede mezclarse con la omisión de normas imperativas de la propia *lex fori*¹⁰⁹. Sin duda, los supuestos más característicos se refieren a la jurisprudencia norteamericana, partidaria de denegar el reconocimiento de un laudo extranjero sobre la base del artículo V.2 b) del Convenio de Nueva York en casos de «*manifest disregard of the law*»¹¹⁰. Esta jurisprudencia no

¹⁰⁵ *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 269.

¹⁰⁶ Vide *supra* nota 18.^a

¹⁰⁷ Se pregunta GAILLARD, E. cómo harán los jueces egipcios cada vez que han de pronunciarse sobre el cálculo de intereses. Semejante idea recurrente de las «lagunas» encierra en realidad un prejuicio sobre el desarrollo insuficiente de los derechos de ciertos sistemas jurídicos de países no desarrollados (Vide «Trente ans...», *loc.cit.*, p. 13).

¹⁰⁸ Vide *ad. ex. Sent. Gerechshof de La Haya* de 24 de marzo de 2005 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXI, 2006, pp. 808-820).

¹⁰⁹ Vide por ejemplo, la *Sent. Court of Appeal de Manila* de 29 de noviembre de 2006 (*Yearbook of Commercial Arbitration*. Vol. XXXII-2007, pp. 456-473).

¹¹⁰ La doctrina se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. en los precedentes *Wilko v. Swan* (1995) y *Merril Lynch v. Bobker* (1986) o, por ejemplo, del Tribunal de Apelación del 4.º Circuito en *Remney v. PainWebber, Inc.* (1994) o *Upshur Coals Corp. V. United Mine Workers* (1994). Puede verse una manifestación reciente de esta doctrina en las decisiones *Caja Nacional de Aho-*

ampara un mero error en la interpretación de la ley aplicable al fondo, que implicaría una vulneración de la prohibición de revisión en cuanto al fondo. Para que la denegación prospere debe superarse un «*two-prong test*», cuya primera condición es que el tribunal arbitral tuviera constancia de una norma o proposición legal que decide ignorar o no aplicar; además, una segunda condición requiere que la norma o Derecho omitido estuviera bien definido, explícito y fuera claramente aplicable al caso. Queda descartado, por ejemplo, que prospere una alegación de omisión del Derecho elegido «tácitamente» por las partes.

3. *Due Process* y ley aplicable al fondo

37. La posibilidad de invocar, como causa de anulación del laudo, una vulneración del principio de contradicción cuando el laudo incorpora argumentos y fundamentos jurídicos no invocados por las partes o sobre los que no tuvieron ocasión de debatir es una cuestión especialmente controvertida.

En el Derecho francés, si bien el árbitro no tiene por qué justificar la aplicación de fundamentos jurídicos que estén implícitos en el debate, siempre que giren en torno al Derecho aplicable, existen más dudas sobre las implicaciones de eludir sorpresivamente dicho Derecho aplicable o atribuirle un contenido inopinado durante el proceso. Así, si las partes han elegido un determinado Derecho aplicable, deben presentar sus observaciones y fundamentos aportando las pruebas pertinentes de su contenido durante el proceso, y no en momentos procesales extemporáneos (conclusiones). Si los árbitros aceptan semejante contenido sorpresivo sin dar la oportunidad de una discusión de la otra parte, se trataría de una alegación inadmisibles¹¹¹. De igual modo, aunque los árbitros no tienen por qué comunicar a las partes su criterio hasta el momento del laudo, tampoco pueden «sorprender» a las partes en el sistema alemán. El Derecho inglés es más riguroso aún en este punto. Esta disparidad puede reconducirse a los sanos criterios propuestos, tras su análisis de Derecho comparado, por J.-F. Poudret y S. Besson: si los árbitros pretenden aplicar un Derecho distinto al invocado por las partes, deben hacerlo constar a las partes con la debida antelación. Son libres, sin embargo, a la hora de optar por cualquiera de los Derechos invocados por las partes durante el procedimiento, y en todo caso los aplicarán de oficio sin

ros y Seguros v. Deutsche Rückversicherung AG. (Sent. 2th District de N.Y. de 1 de agosto de 2007: *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXIII, 2008, pp. 997-1.005), *Telenor Mobile Communication AS v. Storm LLC* (Sent. 2th District de N.Y. de 2 de noviembre de 2007: *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXIII, 2008, pp. 1.041-1.077) o *Diane Koken v. Cologne Reinsurance Ltd.* (Sent. District Court of Pennsylvania de 23 de agosto de 2006: *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXII, 2007, pp. 830-837).

¹¹¹ Sent. Cour d'Appel de Paris de 18 de abril de 1991: *affaire Supermarket Systems*). La jurisprudencia francesa es muy clara a la hora de considerar las cuestiones de determinación del Derecho extranjero aplicable como una cuestión equivalente a un hecho, de forma que si una parte aporta una evidencia o elemento probatorio que sustenta una alegación sobre el Derecho aplicable al fondo, debe resultar en un momento procesal que permita las alegaciones de la otra parte y la posibilidad de contradecir dicha evidencia (*ad. ex.* Sent. Cour d'Appel de Paris de 6 de abril de 1995: *affaire Thyssen Stahlunion*; Sent. Cour d'appel de Paris de 25 de noviembre de 1997, *affaire VRV SpA*; Sent. Cour de Cassation de 16 de marzo de 1999: *affaire Etat du Qatar v. Creighton*).

sentirse predeterminados por el contenido ni la interpretación atribuida a ese Derecho por las partes¹¹².

38. En el caso de que la ley aplicable al fondo resulte controvertida, es aconsejable habilitar de alguna forma, especialmente en el acta de misión, la emisión de un laudo parcial, pues de esta forma se evita cualquier mengua de los derechos de defensa de las partes en relación con el debate procesal relativo al fondo, al establecerse con claridad las cuestiones de ley aplicable antes de la fase probatoria y de las alegaciones finales¹¹³.

VIII. CONCLUSIONES

39. Un régimen legal del arbitraje comercial internacional no debe servir a los árbitros, sino a las partes. Su finalidad esencial debe orientarse a facilitar los intercambios internacionales, eliminar costes externos y proporcionar a los operadores seguridad jurídica. Un modelo no intervencionista puramente plano o acríticamente liberal no cumple tales objetivos necesariamente. La flexibilidad para que los árbitros decidan o incluso eludan los designios de las partes no conduce en todo caso a buenos resultados. Fórmulas genéricas como la *lex mercatoria* pueden ser utilizadas al servicio de los intereses, incluso gremiales, de la «jurisprudencia arbitral» y de sus abogados. No son métodos inadecuados en sí mismos, sino susceptibles de perversión por un mal uso.

La recuperación del control del arbitraje comercial internacional por parte de los operadores económicos implica una verdadera defensa de la autonomía de la voluntad, principio liberal que se expresa respecto de la voluntad de los operadores, no de los árbitros, ni de los abogados-árbitros. En este sentido, el reforzamiento del principio de autonomía, del principio de autocomposición, del principio de seguridad jurídica de los operadores, implica un modelo de ley aplicable al fondo que se fundamenta no sólo en su autonomía para elegir el Derecho aplicable, sino en la necesidad de que los árbitros fundamenten y motiven la opción por fuentes normativas o legales, incluso en defecto de elección, pero sobre todo si se separan de las opciones de las partes en el acuerdo arbitral, dando siempre a estas partes la oportunidad de un debate sobre la cuestión de la ley aplicable al fondo¹¹⁴.

40. En determinados casos, la posibilidad de recurrir en anulación por inaplicación injustificada de la ley rectora del fondo es indispensable para garantizar, precisamente, la autonomía que está en el corazón de las soluciones arbitrales que exige la era post-industrial¹¹⁵. En caso contrario, la flexibilidad del árbitro deviene impunidad,

¹¹² *Op. cit.*, p. 785.

¹¹³ Vide en este sentido CHECA MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, p. 340.

¹¹⁴ Las advertencias de GIARDINA, A. a principios de los años noventa adquieren hoy aún mayor relevancia (vide «La *lex mercatoria* e la certezza del diritto...», *loc. cit.*, pp. 461-470).

¹¹⁵ Cf. la idea de GALGANO F., *Lex Mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 1993, esp. pp. 214-223; BERGER, K. P., «The New Law Merchant and the Global Market Place», *The Practice of Transnational Law*, La Haya, Kluwer, 2001, pp. 19-21.; DE LY, F., «Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalization and International Self-regulation», *Dir. comm. int.*, 2000, pp. 555-590; SBORDONE, F., *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 86-93.

y el modelo se contamina, se pervierte, adquiriendo todos los inconvenientes de la solución jurisdiccional, sin ninguna de sus ventajas.

ABSTRACT

APPLICABLE LAW TO THE MERITS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Applicable Law to the merits in international commercial arbitration performs a constructive and an interpretative function related to legal treatment of contracts and obligations between the parties. However, this article defends the exclusion of a traditional restrictive function, that is why the peremptory norms of the *lex causae* will only be applied as mandatory rules as those from any third State. The reasons for the application of mandatory or public policy rules in international commercial arbitration can be founded in three circumstances: close connection of the situation, predictability and international recognition of public policy. This article also contents a critical approach to the *lex mercatoria* in the wide sense, beyond the commercial practices. It analyses the inconvenient identification of UNIDROIT Principles as the *lex mercatoria* and the need for accepting their application as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules.

In recent times, the question of determining applicable Law on the merits in international commercial arbitration has got rid of characteristic solutions of private international law applied by national judges. However, this increasing independence is not necessarily appropriate to the legitimate wish of autonomy and transnational character of arbitration and it has not a positive effect on security and predictability in international trade law, either. Arbitration in XXIth century, a reinforced autonomy principle, legal security and predictability, they all need a determination of the law applicable to the merits founded on the freedom of choice of law by the parties, but also on the responsibility of arbitrators in supporting their own choice about legal sources even in cases of no choice by the parties.

RÉSUMÉ

LA LOI APPLICABLE AU FOND DU LITIGE DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

Le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage commercial international remplit une fonction complotive et une fonction interprétative par rapport au régime des contrats et des obligations entre les parties. Néanmoins, cet article essaie de justifier l'exclusion de la fonction restrictive traditionnelle, si bien que les règles impératives de la *lex causae* n'interviendraient qu'en tant que lois de police, avec le même titre que les lois de police d'un tiers État. L'application des lois de police dans l'arbitrage commercial international repose sur trois circonstances : rattachement étroit de la situation, prévisibilité des parties et reconnaissance universelle ou transnationale de l'intérêt public protégé. Cet article contient aussi une approximation critique du rôle de la *lex mercatoria* au sens large du terme, détachée des pratiques commerciales. On nie l'identification des Principes UNIDROIT avec la *lex mercatoria*, et on affirme par contre le besoin de fonder son application aux cas d'espèce dans la mesure où ces principes soient effectivement et généralement acceptés.

Dans les derniers temps, la question de la loi applicable au fond dans l'arbitrage commercial international s'est émancipée des solutions caractéristiques du droit international privé appliqué par les juridictions nationales. Ceci étant, une telle indépendance n'est pas toujours en conformité avec une aspiration légitime vers l'autonomie et le caractère transnational de l'arbitrage, ni produit non plus des effets nécessairement positifs sur la sécurité du commerce international. L'arbitrage au XXI^{ème} siècle, le renforcement du principe de l'autonomie et la sécurité des transactions transfrontalières comportent un modèle sur la loi applicable au fond du litige fondé non pas seulement sur le choix de la loi applicable par les parties, mais aussi sur le devoir des arbitres de fonder et motiver leur choix sur les sources de droit, même à défaut de choix.