

DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD. III. ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL DERECHO APLICABLE. 1. Elección expresa y elección tácita. 2. Elección de un Derecho estatal. 3. Elección de una normativa no estatal. 4. Elección genérica de la *Lex Mercatoria*. IV. DERECHO APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN. 1. Soluciones conflictuales y materiales. 2. Aplicación de normativas no estatales. V. PACTOS CONTRARIOS A LA LEY APLICABLE Y USOS COMERCIALES. 1. Pactos contrarios a la ley aplicable. 2. Usos comerciales y principios generales del Derecho. VI. NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS.

I. INTRODUCCIÓN

1. 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 art. 1.3º LMU: 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 CPC Francia; art. 3 LA España).

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 art. 34.2º LA España: “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 controversia. 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 contrato¹. En contrapartida, la misma cláusula de

¹ Como ha señalado M. Checa Martínez, en la Ley española la determinación de la internacionalidad del arbitraje afecta a otros extremos, como la aplicación de reglas especiales como la prevista en el art. 9.6

elección de ley aplicable puede ser, en sí misma, no solo válida, sino determinante de la internacionalidad del arbitraje en la lógica, por ejemplo, de la LMU, 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 art. 1.3º c) LMU.

2. Determinada la existencia de un arbitraje internacional, procede determinar la ley aplicable al fondo de la controversia o *lex causae*. Aunque la *lex causae* deba distinguirse de la ley que rige la validez del acuerdo de arbitraje y de la *lex arbitri* que rige el procedimiento arbitral, existe 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* o, en su caso, en el reglamento de arbitraje que proceda aplicar. 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 sustantiva².

3. La *lex causae* cumple una triple función, particularmente en el ámbito de la contratación internacional: en primer lugar, desempeña una “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.

sobre la validez del convenio arbitral y la arbitrabilidad. En suma, “no puede considerarse que la determinación de las circunstancias de internacionalidad del arbitraje haya sido superflua o innecesaria” (vid. “Arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro”, *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, La Ley, 2008 pp. 330-331).

² En particular, en el ámbito contractual esta circunstancia puede plantearse en relación con los medios de prueba. A título de ejemplo, si la *lex fori 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 Reglamento “Roma I” (Vid. J. J. Fawcett, J. M., Harris y M. Bridge, *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 art. 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 art. 12.1 a) del Reglamento “Roma I”. Sobre los problemas de delimitación del concepto de “fondo” de la controversia, vid. W. Danilowicz, “The Choice of Applicable Law in International Arbitration”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 9, 1986, pp. 240-243; V. Heiskanen, “Dealing with Pandora: The Concept of ‘Merits’ in International Commercial Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 22, 2006/4, pp. 597-611.

4. En consecuencia, es pertinente acotar los supuestos en que es imprescindible determinar el Derecho aplicable al fondo (apartado II). Seguidamente, analizar las vías más habituales para determinar la ley aplicable, bien a través del acuerdo de las partes (apartado III), bien en defecto de elección (apartado IV). Finalmente, es preciso establecer los límites que oponen a la *lex causae* los propios pactos entre las partes y los usos del comercio internacional (apartado V), así como las normas de orden público internacional (apartado VI). Las causas que pueden provocar la anulación o no reconocimiento de un laudo por falta o defectuosa aplicación de la *lexcausae* son analizadas en otro capítulo de esta obra, relativo a la motivación del laudo, por lo que no serán reiteradas aquí.

II. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD

5. Los distintos sistemas jurídicos conjugan de forma variable las opciones entre el arbitraje de Derecho y el arbitraje de equidad. No obstante, la opción claramente mayoritaria consiste en presumir el arbitraje de Derecho, salvo indicación contraria por las partes.

Esta presunción se encuentra el art. 15 del Acta Uniforme sobre Derecho del arbitraje de la OHADA, aplicable en Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Mali, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Senegal, y Togo, y en las siguientes reglamentaciones nacionales: art. 427 CPC Albania; art. 1051.3 CPC Alemania; arts. 49.3 y 68.2 LA Andorra; arts. 24.1 y 43.4 LA Angola; art. 81 LACI Argentina; art. 603.3 CPC Austria; Sec. 1287.284 CPC California; art. 28.3 LAI Azerbaiyán; art. 41 LAI Barbados; art. 1710 CJ Bélgica; art. 40.IV LA Bolivia; art. 361 CPC Burundi; art. 31 LA Cabo Verde; art. 363 LAC Camboya; art. 28.3 LAC Catar; art. 28.3 LACI Chile; art. 28.3 LACI Chipre; arts. 3 y 101 LA Colombia; art. 29.3 LA Corea del Sur; art. 19 LADR Costa Rica; art. 27.3 LA Croacia; art. 22 LACI Cuba; art. 28.3 LA Dinamarca (aplicable en Islas Feroe); art. 3 LA Ecuador; art. 39.4 LA Egipto; arts. 205.1 y 212.2 CPC Emiratos Árabes Unidos; Rule 47.2 LA Escocia; art. 31.4 LA Eslovaquia; art. 32.3 LA Eslovenia; art. 34.1 LA España; art. 742.3 CPC Estonia; arts. 31.3 LA Finlandia; art. 1512 CPC Francia; sec. 42.4 LADR Gambia; § 42A601 (c) CPC Guam; art. 37.3 LA Guatemala; sec. 40.4 LA Guernsey; art. 974-1 CPC Haití; art. 66 LA Honduras; art. 41.3 LA Hungría; art. 28 (2) LA India; art. 27.3 LACI Irán; art. 55.3 LA Islas Caimán; art. 28.3 LA Islas Cook; art. 36.3 LA Japón; art. 36 d. LA Jordania; art. 29.4 LA Kenia; art. 29.2 LA Kosovo; art. 182 CPC Kuwait; arts. 776, 777, 789 y 813 CPC Líbano; art. 761 CPC Libia; § 620.3 CPC Liechtenstein; art. 39.3 LAC Lituania; art. 1240 CPC Luxemburgo; art. 28.3 LACI Macedonia; arts. 449 y 461 CPC Madagascar; Sec. 45 (2) LA Malta; art. 327-45 CPC Marruecos; art. 28.4 LA Mauricio; art. 56 CA Mauritania; art. 1445 CC México; art. 28.3 LACI Moldavia; art. 40 LA Montenegro; arts. 34.2 y 54.3 LA Mozambique; art. 32 b) LA Myanmar; art. 18.2 LA Nepal; art. 54 LA Nicaragua; § 31 LA Noruega; Sec. 28 Schedule 1 LA Nueva Zelanda; art. 39.4 LA Omán; art. 1054.1 y 3 CPC Países Bajos; art. 56.3 LA Panamá; art. 32 LA Paraguay; art. 57.3 LA Perú; art. 1194.1 CPC Polonia; arts. 39.1 y 52.1 LA Portugal; art. 7.01 3) LACI Puerto Rico; § 25.3 LA República Checa; art. 33.1 LAC República Dominicana; art. 40 LAC Ruanda; art. 601.2 CPC Rumanía; art. 16.1 LA San Marino; art. 22 LA Santo Tomé y Príncipe; art. 49 LA Serbia; art. 130 CCom Seychelles; art. 38.4 LA Siria; 24.4 LA Sri Lanka; art. 31 LA Sudán; art. 27^a LA Suecia; art. 187.2 LFDIP Suiza; sec. 34 LA Tailandia; art. 31 LA Taiwán; art. 14 y 73.3 CA Túnez; art. 12.C LAI Turquía; art. 28.4 LA Uganda; art. 28.3 LACI Ucrania; art. 28.3 LACI Uruguay; art. 8 LAC Venezuela; art. 45 LA Yemen; art. 13 LAI Yibuti; art. 28.3 LA Zimbabue. Se encuentra además, en el art. 2º LMU, art.VII del Convenio de Ginebra de 1961 y en el art. 10 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional de MERCOSUR.

Es asimismo una fórmula extendida entre las reglamentaciones institucionales: *ad ex.art.* 21.3 del Reglamento CCI; art. 35.2 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; art. 22.3 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo; art. 12.5 del Reglamento de la *European Court of Arbitration*; art. 31.1 del Reglamento del *International Center for Dispute Resolution*; art. 16.4 del Reglamento del *Abu Dhabi Commercial Conciliation and Arbitration Center*; art. 30.1 del Reglamento de Arbitraje de OHADAC; art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la OHADA; arts. 42.1 y 3 del Reglamento del *Netherlands Arbitration Institute*; art. 24.3 del Reglamento del *Canadian Commercial Arbitration Center*; art. 11.1 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Luxemburgo; art. 3.1 del Reglamento de la Cámara Arbitral de Milán; art. 4.2 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje; art. 28.2 del Reglamento de la CIMA; art. 33.2 del Reglamento de las Cámaras suizas; art. 31.2 del Reglamento del *Singapore International Arbitration Center*; art. 24.4 del Reglamento del *Deutsche Institut für Schiedsgerichtsbarkeit*; art. 27.3 del Reglamento del *Vienna International Arbitral Center*; Rule 60.3 del Reglamento de la *Japan Commercial Arbitration Association*; art. 35.2 del Reglamento del *Hong Kong International Arbitration Center*; art. 24.1 del Reglamento del *Mumbai Center for International Arbitration*; art. 40.2 del Reglamento de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México; art. 39.2 del Reglamento del *Australian Center for International Commercial Arbitration*; art. 29.3 del Reglamento del *Korean Commercial Arbitration Board*; art. 33.4 del Reglamento del *Dubai International Arbitration Center*; art. 15.2.2 del Reglamento de la *Arbitration Foundation of Southern Africa*.

Solo como excepción se encuentran algunos sistemas que, salvo indicación en contrario por las partes, presumen que el arbitraje debe resolverse en equidad [art. 59 LA El Salvador; art. 2.2 del Reglamento del *Qatar International Center for Conciliation and Arbitration*; art. 93 LADR Ghana, solo para el arbitraje consuetudinario), o no introducen presunción alguna, dejando la cuestión al criterio o discreción de las partes (art. 2 LA Brasil; art. 56.1 LA Indonesia) o a los árbitros, incluso si las partes no ha conferido a los árbitros tal facultad [art. 329 CPC Somalia).

6. La determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia solo parece necesaria en el arbitraje de Derecho. 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 solo 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 invocar 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*.

Con todo, no debe olvidarse que el árbitro de equidad no es inmune a la consideración de motivos propiamente jurídicos³. En particular, está obligado a

³ Vid. F. Knoepfler y Ph. Schweizer, "Making of Awards and Termination of Proceedings", *Essays on International Commercial Arbitration*, Londres, Graham & Trotman, 1989, p. 166, esp. nota 19ª.

considerar las normas de orden público internacional, no solo de la *lex arbitri*, sino también de terceros Estados u organizaciones internacionales particularmente vinculadas a la solución del caso. Así, en la hipótesis de que un árbitro tuviera que decidir en equidad sobre un contrato con repercusión o efectos en el mercado europeo, no podría resolver sin tener en cuenta las normas de orden público de la Unión Europea en materia de libre competencia.

En efecto, algunos sistemas recogen expresamente la advertencia relativa a la sujeción del arbitraje de equidad a las reglas jurídicas de orden público [art. 34.1 h) LA Angola; art. 212.2 CPC Emiratos Árabes Unidos; art. 777 CPC Líbano]. En España, la Sentencia TSJ Madrid (Sala Civil y Penal) de 8 de enero de 2018 ha mostrado una exigencia tal en este sentido que acaba imponiendo la desnaturalización del arbitraje de equidad a través un verdadero control de fondo de la razonabilidad "jurídica" del arbitraje de equidad. En todo caso, cuando el árbitro de equidad se ve en la tesitura de tener que aplicar normas internacionalmente imperativas, deberá enfrentarse a las mismas limitaciones que el árbitro de Derecho, procurando en especial que exista un adecuado debate entre las partes acerca de la pertinencia, significado y alcance de tales reglas imperativas.

III. ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL DERECHO APLICABLE

1. Elección expresa y elección tácita

7. Las partes pueden elegir el Derecho aplicable al fondo de la controversia. Es, tal vez, una de las reglas más universales del arbitraje comercial internacional, que lo convierten en un auténtico principio general.

Esta presunción se encuentra el art. 15 del Acta Uniforme sobre Derecho del arbitraje de la OHADA aplicable en Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Mali, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Senegal, y Togo, y en las siguientes reglamentaciones nacionales: art. 43.1 y 53.2 LAC Afganistán (salvo ley que no sea válida conforme al Derecho afgano); art. 441 CPC Albania; art. 1051.1 CPC Alemania; arts. 49.1 y 68.3 LA Andorra; art. 43.1^º LA Angola; art. 38.1 LA Arabia Saudí; art. 79 LACI Argentina; art. 32.2 LA Armenia; art. 693.1 CPC Austria; art. 28.1 LAI Azerbaiyán; art. 68 LA Bahamas; art. 36 LA Bangladesh; art. 41 LAI Barbados; art. 1710 CJ Bélgica; art. 36 LAI Bielorrusia; art. 38.1 LACI Bulgaria; art. 361 CPC Burundi; art. 130 LADR Bután; art. 41.1 LA Cabo Verde; art. 36.1 LAC Camboya; art. 28.1 LAC Catar; art. 28.1 LACI Chile; art. 28.1 LACI Chipre; art. 101 LA Colombia; art. 29.1 LA Corea del Sur; art. 22 LADR Costa Rica; art. 27.1 LA Croacia; art. 29 LACI Cuba; art. 28.1 LA Dinamarca (aplicable en Islas Feroe); art. 39.1 LA Egipto; art. 78 LA El Salvador; rule 47.1 LA Escocia; art. 31.1 LA Eslovaquia; art. 32.1 LA Eslovenia; art. 34.3 LA España; art. 742.1 CPC Estonia; arts. 31.2 LA Finlandia; art. 1511 CPC Francia; sec. 42. 1 y 2 LADR Gambia; sec. 48 (1) y (2) LADR Ghana; § 42A601 (a) CPC Guam; art. 36.1 LA Guatemala; sec. 40.1 a) LA Guernsey; art. 974 CPC Haití; art. 88 LA Honduras; art. 41.1 LA Hungría; art. 28 (1) b) i) LA India; art. 56.2 LA Indonesia; art. 46.1 y 2 LA Inglaterra; art. 27.1 LACI Irán; art. 55.1 LA Islas Caimán; art. 28.1 LA Islas Cook; art. 36.1 LA Japón; art. 36 a. LA Jordania; art. 44.1 LA Kazajstán; art. 29.1 y 2 LA Kenia; art. 6.2 LA Kirguistán; art. 29.1 LA Kosovo; art. 813 CPC Líbano; § 7.45 (1) y (2) CCom Liberia; § 620.1 CPC Liechtenstein; art. 39.1 LAC Lituania; art. 28.1 LACI Macedonia; art. 461 CPC Madagascar; sec. 30 (2) y (3) LA Malasia; sec. 45 (1) LA Malta; art. 1445 CC México; art. 327-44 CPC Marruecos; art. 28.1 y 2 LA Mauricio; art. 56 CA Mauritania; art. 28.1 LACI Moldavia; art. 34.1 y 2 LA Mongolia; art. 40 LA Montenegro; art. 54.1 LA Mozambique; art. 32 a) LA Myanmar; art. 18.1 LA Nepal; art. 54 LA

Nicaragua; § 31 LA Noruega; sec. 28 Schedule 1 LA Nueva Zelanda; art. 39.1 LA Omán; art. 1054.2 CPC Países Bajos; art. 19 LA Palestina; art. 56.1 LA Panamá; art. 32 LA Paraguay; art. 57.2 LA Perú; art. 1194.1 CPC Polonia por remisión a la ley aplicable (art. 3 del Reglamento “Roma I”); § 25.3 LA República Checa por remisión a la ley aplicable (art. 3 del Reglamento “Roma I”); art. 52.1 LA Portugal; art. 7.01 1) LACI Puerto Rico; art. 33.2 LAC República Dominicana; art. 40 LAC Ruanda; art. 601.1 CPC Rumanía por remisión a la ley aplicable (art. 3 del Reglamento “Roma I”); art. 28.1 LAI Rusia; art. 50 LA Serbia; art. 38.1 LA Siria; art. 24.1 LA Sri Lanka; art. 27^a LA Suecia; art. 187.1 LFDIP Suiza; sec. 34 LA Tailandia; art. 73.1 CA Túnez; art. 12.C LAI Turquía; art. 28.1 LACI Ucrania; art. 28.1 y 2 LA Uganda; art. 28.1 LACI Uruguay; art. 14.2 LA Vietnam; art. 45 LA Yemen; art. 12 LAI Yibuti; art. 28.1 LA Zimbabue. Se encuentra además, en el art. 28 LMU, art. VII.1 del Convenio de Ginebra de 1961 y en el art. 10 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional de MERCOSUR. Es asimismo una fórmula extendida entre las reglamentaciones institucionales: *ad ex.* art. 21.1 del Reglamento CCI; art. 35.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; art. 22 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo; art. 23.1 del Reglamento del Centro de Arbitraje de México; art. 11. 4 del Reglamento de la *European Court of Arbitration*; art. 31.1 del Reglamento del *International Center for Dispute Resolution*; art. 16.1 del Reglamento del *Abu Dhabi Commercial Conciliation and Arbitration Center*; art. 30.2 del Reglamento de Arbitraje de OHADAC; art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la OHADA; arts. 42.2 del Reglamento del *Netherlands Arbitration Institute*; art. 24.1 del Reglamento del *Canadian Commercial Arbitration Center*; art. 11.1 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Luxemburgo; art. 3.2 del Reglamento de la Cámara Arbitral de Milán; art. 4.3 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje; art. 28.1 del Reglamento de la CIMA; art. 33.1 del Reglamento de las Cámaras suizas; art. 31.1 del Reglamento del *Singapore International Arbitration Center*; art. 24.1 del Reglamento del *Deutsche Institut für Schiedsgerichtsbarkeit*; art. 27.1 del Reglamento del *Vienna International Arbitral Center*; Rule 60.1 del Reglamento de la *Japan Commercial Arbitration Association*; art. 35.1 del Reglamento del *Hong Kong International Arbitration Center*; art. 24.1 del Reglamento del *Mumbai Center for International Arbitration*; art. 40.1 del Reglamento de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México; art. 39.1 del Reglamento del *Australian Center for International Commercial Arbitration*; art. 29.1 del Reglamento del *Korean Commercial Arbitration Board*; art. 33.1 y 2 del Reglamento del *Dubai International Arbitration Center*; art. 15.1 del Reglamento de la *Arbitration Foundation of Southern Africa*; art. 36.1 del Reglamento del *Qatar International Center for Conciliation and Arbitration*; art. 23.1 del Reglamento de la *International Commercial Arbitration Court* de la Federación Rusa.

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.

8. 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*⁴. 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 contractuales⁵, 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 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.

9. 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) nº 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 suizo⁶, mientras que ha sido descartado por otros, como el francés⁷.

10. Teóricamente, la elección por las partes puede ser asimismo “tácita” o “implícita”. 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 arbitral⁸, la conducta

⁴ Vid. G. A. Bermann, *International Arbitration and Private International Law*, The Hague Academy of International Law, Brill/Nijhoff, 2017, pp. 324-329; G. B Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., La Haya, Kluwer, 2014, pp. 2742-2743; S. Greenberg, *International Commercial Arbitration : An Asian Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011, § 3.73.

⁵ Este es el criterio del *Laudo CCI nº 1.704/1978 (Journ.dr.int., 1978, p. 977)*, criticado por H. Van Houtte, “La loi applicable à l’arbitrage commercial international”, *Rev.dr.int.dr.com.*, 1980, pp. 295-296.

⁶ En relación con el art 187 de la Ley internacional privado, *vid.* P. Lalive, J.F. Poudret y C. Reymond, *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Éditions Payot, 1989, p. 392.

⁷ Vid. Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law, 1999, p. 785.

⁸ 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

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 y, por supuesto, la elección de una ley aplicable al contrato aunque no abarque la materia arbitrada, 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 “interpretación” del contrato que puede llevar a conclusiones muy diferentes según la proclividad del intérprete a considerar solo datos objetivos o subjetivos, anteriores o posteriores⁹. 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 contextuales¹⁰. 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 Derecho¹¹. 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”¹².

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

indicio fuerte de elección del Derecho inglés como ley aplicable al fondo (*ad ex.*, art. 16.3 del Reglamento de la LCIA), aunque en los últimos tiempos esta doctrina se ha relativizado. *Vid.* “*Tzortis and Another c. Monark Line A/B*” (1968), 1 *All ER*, 949; N. Andrews, *Arbitration and Contract Law (Common Law Perspectives)*, Cambridge, Springer, 2016, pp. 52-53. *Cf.* en cambio el Laudo CCI nº 5.717/1988 (*ICC Bull.*, 1999, vol. 1, nº 2, p. 22).

⁹ En buena medida, esta es una razón que avala la acusación de “irracionalidad” de la elección tácita, singularmente en el arbitraje comercial internacional (*vid.* J. D. M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Nueva York, Oceana, 1978, p. 183).

¹⁰ *Vid.* B. Goldman, “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. J. F. Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Ginebra, Schulthess, 2002, pp. 605-606.

¹¹ *Ad. ex.* Laudo CCI nº 1.434/1975 (*Journ.dr.int.*, 1976, p. 978).

¹² *Vid.* los argumentos críticos de J. D. M. Lew, L. A. Mistelis y S. M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 2003, pp. 415-416.

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 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.

1. Elección de un Derecho estatal

11. 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*. Salvo excepciones, no es preciso que la ley elegida presente una vinculación particular con la controversia¹³. 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 mercancías¹⁴, 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*)¹⁵, 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*

¹³ Vid., por ejemplo, en el sistema español, la sentencia del TSJ de Madrid (Sala Civil y Penal) de 25 de junio de 2012 (*Jurisprudencia española de arbitraje (60 años de aplicación del arbitraje en España)*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2013, pp. 545-546).

¹⁴ Con carácter general, sobre los diversos títulos de aplicación del Convenio de Viena de 1980 como ley aplicable al fondo del arbitraje vid. A. Jansen, y M. Spilker, "The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration", *Rebels Z.*, vol. 77, 2013/1, pp. 131-157.

¹⁵ Vid. En este sentido Laudo CCI nº 11.333/2002 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXI-2006, pp. 117-126); Laudo CCI nº 11.440/2003 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXI-2006, pp. 127-147); y Laudo CCI núm. 17020, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XL, 2015, pp. 294-323. También D. Girsberger y N. Voser, *International Arbitration (Comparative and Swiss Perspectives)*, 3ª ed., Zürich, Schulthess, 2016, p. 343.

previstas para supuestos internos. Pero esta cuestión, que será analizada más adelante, no debe recibir una respuesta distinta a la que procede si semejante contradicción se produce, con carácter general, entre la *lexcausae* y los pactos establecidos por las partes.

12. 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 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.

13. Por lo demás, descartado por supuesto el reenvío, (al que hacen expresa referencia la mayoría de las legislaciones) 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, España, 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 (*savingclauses*).

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)¹⁶. En estos supuestos, se trata de una práctica justificadamente criticada por la doctrina¹⁷, que puede implicar una desviación por los árbitros del mandato establecido por las partes.

2. Elección de una normativa no estatal

14. La incidencia del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, la elaboración de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, en sus distintas versiones¹⁸ y de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales, así como 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 flexible¹⁹. 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 internacional²⁰.

3. Elección genérica de la *Lex Mercatoria*

¹⁶ Laudo CIADI de 20 de mayo de 1992 (Caso nº ARB/84/3).

¹⁷ *Fouchard Gaillard Goldman...*, *op.cit.*, pp. 842-845.

¹⁸ *Vid.* especialmente K.P. Berger, “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *AJCL*, 1998, pp. 129-150; F. Bortolotti, “The UNIDROIT Principles and the Arbitral Tribunals”, *Uniform Law Review*, 2000, pp. 141-152; J. M. Bonell, “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; Ch. Seraglini, “Du bon usage des principes UNIDROIT dans l’arbitrage international”, *Revue de l’arbitrage*, 2003, pp. 1.101-1.166; M. Piers y K. Erauw, “Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Arbitration”, *Journal of Private International Law*, vol. 8, 2012/3, pp. 441-472. La cuestión se ha debatido específicamente en relación con el carácter difuso de la *sharia* islámica o el Derecho hebreo, como se puso de relieve en algunos precedents de la jurisprudencia inglesa, como *Beximco* [2004 EWCA Civ 19] o *Halpern v. Halpern* [2006, 2 All ER (Comm) 251 y 2008, QB 195, 213]: *vid.* en particular las reflexiones de M. Bhatti, *Islamic Law and International Commercial Arbitration*, Londres/Nueva York, Routledge, 2019, pp. 75-81.

¹⁹ *Vid.* G. Gaja, “Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell’arbitrato internazionale”, *Rivista dell’arbitrato*, 1994, p. 436.

²⁰ *Vid.* L. Silberman, L. y F. Ferrari, “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong”, *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 268-272.

15. La *Lex Mercatoria* es una noción con perfiles muy indefinidos. Existen concepciones amplias y desmedidas²¹, 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” arbitral²², contratos-tipo y usos comerciales²³. 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*.

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 1980²⁴—, que amparar en ella la aplicación global e íntegra de un texto como los Principios UNIDROIT, que presentan claras innovaciones²⁵, y aún menos si sus controversias se resuelven en sede arbitral²⁶. Con claridad, estas dudas emergen cuando los Principios UNIDROIT se alejan de los principios característicos del *common law* y, más estrictamente, del Derecho

²¹ Y aproximaciones incluso iusnaturalistas: *vid.* Ch. Molineaux, “Applicable Law in Arbitration – The Coming Convergence of Civil and Anglo-Saxon Law Via Unidroit and Lex Mercatoria”, 1 *J. World Investment*, 2000, pp. 127-135.

²² *Vid.* O. Chukwumerije, “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, 23 *Anglo-American Law Review*, 1994, pp. 276-282.

²³ Una descripción de esta concepción desmesurada de la *Lex Mercatoria* puede verse en E. Gaillard, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 203. También O. Lando, “The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”, *J.C.L.Q.*, vol. 34, 1985, pp. 748-751.

²⁴ Laudos CCI núms. 8.501, 8502 y 8.503/1996.

²⁵ Como reconoce con buen criterio el propio M. J. Bonell, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, *The Practice of Transnational Law*, La Haya, Kluwer, 2001, p. 29 (también en *Uniform Law Review*, 2000/2).

²⁶ 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 (*vid.* “Particularities of the Harmonisation 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 38ª). En un sentido parecido *vid.* A. M. López Rodríguez, “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.

inglés²⁷. 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 UNIDROIT²⁸.

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 internacional²⁹. 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 laudo³⁰. Afortunadamente, la introducción en la contrato de una cláusula de elección genérica de la *Lex Mercatoria* no deja de ser sumamente extraña³¹.

V. DERECHO APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

1. Soluciones conflictuales y materiales

16. 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 art. 7 del Convenio de Ginebra de 1961 contemplan, en 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”³². Se trata de una referencia incorporada tal cual a muchas reglamentaciones y legislaciones arbitrales

²⁷ 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 P. Mayer (*vid.* “L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence”, *R. des C.*, t. 217, 1989, p. 432).

²⁸ *Vid.* M. J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 2ª ed., Nueva York, Transnational Publishers, 1997, p. 252.

²⁹ 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 P. Lalive, “L'arbitrage international et les principes UNIDROIT”, *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milán, Giuffrè, 1997, p. 71 ss., esp. pp. 88-89).

³⁰ Así, el Laudo CCI núm. 7375 de 5 de junio de 1996.

³¹ *Vid.* J. C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo y G. Stampa, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant-lo-blanch, 2018. pp. 376-386; Ch. Seraglini y P. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Montchrestien, 2013, pp. 802-803. Algún autor afirma no haberlo visto nunca (*cf.* C. Reymond, “Le droit applicable au fond dans l'arbitrage comercial International”, *L'arbitrato commerciale internazionale in Svizzera e Italia*, Milán, Giuffrè, 1992, p. 9). Una posición más proclive a la oportunidad de elegir la *Lex Mercatoria* puede verse en E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, Issy-les-Moulineaux, Joly/L'extenso, 2015, pp. 342-347.

³² Se trata de una vía indirecta “pura”, en la terminología empleada por B. Hayward, *Conflict of Laws and Arbitral Discretion (The Closest Connection Test)*, Oxford University Press, 2017, pp. 60-63.

nacionales, que inspiró claramente la práctica arbitral dominante en los años setenta y ochenta³³.

Esta es la regla contemplada en el art. 28.2 LMU y, consecuentemente, en los sistemas que la incorporan por referencia: Australia, Baréin, Bermuda, Canadá, China-Macao, China-Hong-Kong, Irlanda, Singapur y Turkmenistán. Idéntica vía indirecta se encuentra en: art. 43.3 LA Angola; art. 28.2 LAI Azerbaiyán; art. 68 LA Bahamas; art. 41 LAI Barbados; art. 1710 CJ Bélgica; art. 36 LAI Bielorrusia; art. 38.2 LACI Bulgaria; art. 131 LADR Bután; art. 28.2 LAC Catar; art. 28.2 LACI Chile; art. 28.2 LACI Chipre; art. 28.2 LA Dinamarca (aplicable en las Islas Feroe); rule 47.1 LA Escocia; art. 31.1 LA Eslovaquia; sec. 42.3 LADR Gambia; sec. 48 (3) LADR Ghana; § 42A601 (b) CPC Guam; sec. 40.3 b) LA Guernsey; art. 41.2 LA Hungría; art. 46.3 LA Inglaterra; art. 27.2 LACI Irán; art. 55.2 LA Islas Caimán; art. 28.2 LA Islas Cook; art. 29.1 LA Kosovo; § 7.45 (3) CCom Liberia; art. 461 CPC Madagascar; sec. 30 (4) LA Malasia; art. 28.3 LA Mauricio; art. 28.2 LACI Moldavia; art. 40 LA Montenegro; art. 54.2 LA Mozambique; sec. 28 Schedule 1 LA Nueva Zelanda; art. 32 LA Paraguay; art. 7.01 2) LACI Puerto Rico; art. 28.2 LAI Rusia; art. 50 LA Serbia; art. 24.2 LA Sri Lanka; sec. 34 LA Tailandia; art. 28.2 LACI Ucrania; art. 45 LA Yemen; art. 28.2 LA Zimbabue. La referencia a normas de conflicto está asimismo presente en convenios internacionales y reglamentos institucionales: art. 10 del Convenio MERCOSUR sobre Arbitraje comercial internacional; art. VII.1 del Convenio de Ginebra de 1961; art. 11.4 del Reglamento de la *European Court of Arbitration* (con mención especial a la teoría del “tronco común”, especialmente querida de su presidente³⁴); art. 17 del Reglamento OHADA; art. 23.2 del Reglamento de la *International Commercial Arbitration Court* de la Federación Rusa; art. 15.1 del Reglamento de la *Arbitration Foundation of Southern Africa*. Otros sistemas prevén la aplicación de las normas de conflicto del foro (art. 22 LADR Costa Rica; art. 30 LACI Cuba; art. 742.2 CPC Estonia; art. 29.1 LA Kosovo; sec. 45 (1) LA Malta; § 31 LA Noruega; art. 19 LA Palestina; art. 1194.1 CPC Polonia; § 25.3 LA República Checa; art. 601.1 CPC Rumanía), las normas materiales del foro (art. 44.2 LA Kazajstán; art. 18.1 LA Nepal) o la ley del foro con inclusión de los convenios internacionales (art. 40 LAC Ruanda).

Otros sistemas eluden la referencia a las normas de conflicto, pero mantienen asimismo una solución conflictual a través de la aplicación de la ley más estrechamente conectada³⁵, lo que implica una consideración de coordenadas geográficas que hacen igualmente difícil la aplicación de una ley que no sea estatal³⁶.

³³ Es interesante la síntesis y clasificación a este respecto de A. M. López Rodríguez, *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. 4.434/1982: *Journ.dr.int.*, 1983, p. 893; Laudo CCI núm. 2.879/1978: *Journ.dr.int.*, 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: *Journ.dr.int.*, 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).

³⁴ *Vid.* M. Rubino-Sammartano, *Arbitrage international. Droit et pratique*, t.1, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 712-722.

³⁵ En la terminología empleada por B. Hayward, se trata de una vía indirecta “restringida” (*op.cit.*, pp. 63-65).

³⁶ A diferencia de la estricta formulación de legislaciones como la alemana (*vid.* M. S. Rieder y R. Kreindler, “The arbitration agreement”, *Commercial Arbitration in Germany*, Oxford University Press, 2016, pp. 89-

Esta es la opción contenida en el art. 427 CPP Albania; art. 1051.2 CPC Alemania; art. 38.1 LA Arabia Saudí; art. 603.2 CPP Austria; art. 29.2 LA Corea del Sur; art. 39.2 LA Egipto; art. 36.1 LA Guatemala; art. 36.2 LA Japón; art. 36 b. LA Jordania; art. 28.2 LACI Macedonia; art. 1445 CC México; art. 52.2 LA Portugal; art. 38.2 LA Siria; art. 187.1 LFDIP Suiza; art. 12.C LAI Turquía. También en el art. 11.4 del Reglamento de la *European Court of Arbitration*; art. 16.2 del Reglamento del *Abu Dhabi Commercial Conciliation and Arbitration Center*; Rule 60.2 del Reglamento de la *Japan Commercial Arbitration Association*; art. 33.1 *Swiss Rules of International Arbitration*.

17. 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 controversia³⁷. 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

90) se ha defendido sin embargo la posibilidad de aplicar normas no estatales en sistemas como el suizo, que se refiere en el art. 187.1 LFDIP a “normas de Derecho” y no a leyes de Estados (*vid.* B. Berger y F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Berna, Stämpfli Publishers, 2015, pp. 494-496; D. Girsberger y N. Voser, *op.cit.*, p. 358). Para algunos, el caso contrario sería el del art. 46 (3) LA Inglaterra, que sólo habilitaría la aplicación de normas no estatales en caso de elección por las partes (*vid.* J. F. Poudret y S. Besson, *op.cit.*, p. 685; S. R. Shackleton, “The Applicable Law in International Arbitration under the New English Arbitration Act 1996”, *Arbitration International*, 1997, p. 378; J. Hill, “Some Private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996”, *I.C.L.Q.*, vol. 46, 1997, pp. 302-303); A. Redfern y M. Hunter, *Redferns & Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, 2009, p. 227.

³⁷ Aunque este planteamiento resultaba usual en el pasado sobre la base de una concepción “jurisdiccional” del arbitraje, como acredita el estudio de B. Goldman [“Les conflits de lois dans l’arbitrage international de droit privé”, *R. des C.*, t. 109 (1963-II), pp. 347-485 (esp. pp. 367-376)] no mucho después de la *Resolución del IDI de Ámsterdam de 1957* que partía de esta solución, hoy se considera completamente trasnochado (*cf.* Fouchard, Gaillard, Goldman..., *op.cit.*, pp. 867-870; B. Wortmann, “Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System”, *Arbitration International*, vol. 14, nº 2., pp. 106-108), 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 (*vid.* J. Hill, *loc.cit.*, p. 301; A. Sheppard, “Chapter 12: Applicable Substantive Law”, *Arbitration in England*, Wolters Kluwer, 2013, pp. 232-234). La evolución del sistema sueco es significativa, pues hasta la reforma de la LA Suecia en 2018 se estimaba que las normas de conflicto suecas eran un punto de partida relevante en los arbitrajes con sede en Suecia (*vid.* K. Hobér, *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford University Press, 2011, pp. 60-61). 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 art. 1.054.2 de la Ley holandesa de arbitraje (no publicado y citado por H. Grigera Naón, “Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration”, *R. des C.*, t. 289, 2001, p. 227, nota 226ª), o como prevén las Reglas sobre Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Zúrich (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, pero no faltan laudos arbitrales que siguen amparándose en el sistema conflictual de la sede arbitral (*ad ex.* Laudo CCI núm. 3193 de 19 de septiembre de 2013, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XLI, 2016, pp. 28-51).

o ejecución del contrato, la ley más estrechamente vinculada o cualquier otra que sea³⁸. 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 criterios, esto es, si comparten un “tronco común”³⁹, u opten por reglas contenidas en convenios internacionales o en regulaciones extendidas como las contenidas en el Reglamento “Roma I” en la Unión Europea. 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 comodidad de recurrir al sistema de normas de conflicto de la sede arbitral.

18. Las legislaciones más modernas, sin embargo, optan por una formulación directa y más abierta que habilita a los árbitros, en defecto de elección, a aplicar las normas jurídicas materiales o reglas de Derecho sustantivas que consideren más apropiadas para regir la controversia (vía directa “pura”). Si la legislación propone a los árbitros la consideración de determinadas coordenadas fácticas (naturaleza de la relación jurídica, cualidad de las partes, etc.), se habla de vía directa “guiada”⁴⁰.

La vía directa es la opción más reciente en muchos sistemas jurídicos: art. 15 de la Ley Uniforme de OHADA, incorporada en Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Mali, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Senegal y Togo; art. 43.2 CAA Afganistán; art. 441 CPC Albania; arts. 49.2 y 68.3 LA Andorra; art. LACI Argentina; art. 38 LA Bangladesh; art. 361 CPC Burundi; art. 36.2 LAC Camboya; art. 41.2 LA Cabo Verde; art. 101 LA Colombia; art. 27.2 LA Croacia; art. 32.2 LA Eslovenia; art. 34.2 LA España; art. 1511 CPC Francia; art. 974 CPC Haití; art. 28 (1) b) iii) LA India; art. 29.3 LA Kenia; art. 6.3 LA Kirguistán; art. 813 CPC Líbano; § 620.2 CPC Liechtenstein; art. 39.2 LAC Lituania (incluida la *Lex Mercatoria*, pero el árbitro debe justificar o motivar la elección); art. 56 CA Mauritania; art. 34.3 LA Mongolia; art. 327-44 CPC Marruecos; art. 34.3 LA Mozambique; art. 32 a) LA Myanmar; art. 54 LA Nicaragua; art. 39.2 LA Omán; art. 1054.2 CPC Países Bajos; art. 56.2 LA Panamá; art. 57.2 LA Perú; art. 33.3 LAC República Dominicana; art. 27a LA Suecia; art. 73.2 CA Túnez; art. 28.3 LA Uganda; art. 28.2 LACI Uruguay; art. 14.2 LA Vietnam; art. 12 LA Yibuti. Entre los textos institucionales se encuentra la misma solución en el art. 21.1 del Reglamento CCI; art. 35.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; art. 22 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo; art. 23.1 del Reglamento del Centro de Arbitraje de México; art. 31.1 del Reglamento del *International Center for Dispute Resolution*; art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la OHADA; arts. 42.2 del Reglamento del *Netherlands Arbitration Institute*; art. 24.1 del Reglamento del *Canadian Commercial Arbitration Center*; art. 11.1 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Luxemburgo; art. 3.3 del Reglamento de la Cámara Arbitral de Milán; art. 4.3 del Reglamento de la Corte Española

³⁸ No faltan, desde luego, soluciones que optan por aplicar la ley del país de la sede arbitral. *Vid.* Recientemente, Laudo CCI núm. 14667, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XL, 2015, pp. 51-144.

³⁹ *Vid.* los casos citados por Y. Derains, “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.

⁴⁰ *Vid.* B. Hayward, *op.cit.*, pp.63-71.

de Arbitraje ;art. 28.1 del Reglamento de la CIMA; art. 31.1 del Reglamento del *Singapore International Arbitration Center*; art. 24.1 del Reglamento del *Deutsche Institut für Schiedsgerichtsbarkeit*; art. 27.2 del Reglamento del Vienna International Arbitral Center; art. 35.1 del Reglamento del *Hong Kong International Arbitration Center*; art. 24.1 del Reglamento del *Mumbai Center for International Arbitration*; art. 40.1 del Reglamento de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México; art. 39.1 del Reglamento del *Australian Center for International Commercial Arbitration*; art. 29.1 del Reglamento del *Korean Commercial Arbitration Board*; art. 33.1 del Reglamento del *Dubai International Arbitration Center*.

19. Frente a las soluciones conflictuales, la formulación “material” tiene algunas ventajas adicionales, además de ser directa⁴¹. En primer término, permite interpretar sin las dudas de un sistema indirecto que el árbitro goza de la facultad de aplicar reglas jurídicas no estatales⁴². Por otra parte, la selección directa por el árbitro de las normas materiales apropiadas facilita evitar los conflictos con las normas imperativas de la *lex causae*, pues no cabe considerar como apropiadas, en principio, 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”, como luego se verá.

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 contrato*⁴³). En cualquier caso, la vía directa proporciona al árbitro un amplio margen de discrecionalidad, pero no absoluto⁴⁴. 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 previsible⁴⁵, 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.

⁴¹ Se habla en este sentido de un método o vía directa (*vid. A. M. López Rodríguez, “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 P. Lalive, “Les règles de conflits de lois appliquée au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse”, *Revue de l’arbitrage*, 1976, p. 155.

⁴² Por ejemplo, Laudo CCI núm. 16816 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XL, 2015, pp.236-293).

⁴³ *Vid. Laudos CCI nº 4.132/1983 (Journ. dr. int., 1983, p. 891), nº 2.694/1977 (Journ. dr. int., 1978, p. 985), y nº 3.880/1983 (Journ.dr.int., 1983, p. 897).*

⁴⁴ Las posibilidades de anulación del laudo son, sin duda, mucho más remotas que si las partes han elegido la ley aplicable. *Vid. Por ejemplo Abu Dhabi Investment Authority v Citigroup Inc (2nd Cir. 2014), 557 Fed Appx 66. J. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration (A Study in Commercial Arbitration Awards), Nueva York, Oceana Publications, 1978, p. 537; Y. Derains, “Possible Conflict Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute”, UNCITRAL’s Project for Model Law in International Commercial Arbitration (ICA Congress Series, vol. 2), Lausanne, Kluwer, 194, p. 173.*

⁴⁵ *Vid. K. P. Berger, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 501-502; J. F. Poudret y S. Besson, op.cit., p.. 622.*

Esta tendencia vendría a ser un residuo de la concepción “westfaliana” del arbitraje a que se refiere E. Gaillard⁴⁶, 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 semejante desvirtuación.

2. Aplicación de normativas no estatales

20. 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 o la Convención de Viena de 1980⁴⁷, a pesar de que, como también indicamos, esta opción resulta más forzada cuando la legislación arbitral aplicable parte de una solución “conflictual”⁴⁸. 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 estatal⁴⁹.

Los problemas en este punto se vinculan de nuevo a la consideración de dichas normativas como *ratio scripta* o *Lex Mercatoria*. El recurso genérico por los árbitros a la

⁴⁶ Vid. “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”, *R. des C.*, t. 329, 2007, esp. pp. 84-88 y 163-164,

⁴⁷ *Ad ex.* Laudo CCI núm. 18203, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XLI, 2016, pp. 276-302.

⁴⁸ A pesar de que algunas normativas se refieran literalmente a la elección de una ley estatal, es un lugar común admitir la posibilidad de elegir normas jurídicas no estatales, al menos en la medida en que la ley estatal aplicable lo permita (*vid.* M. Gómez Jene, *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2018, p. 334). Más aún cuando la referencia es a “reglas de derecho” como ocurre en el art. 178.2 LFDIP Suiza (*vid.* Laudo CCI núm. 19127, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XLII, 2017, pp. 251-279. No obstante, en algunos sistemas, en defecto de elección únicamente se admite la aplicación de una ley estatal: *Ad ex.* Austria (*vid.* M. Neuber y G. Zeiler, “International Arbitration in Austria”, *International Commercial Arbitration (A. Handbook)*, S. Balthasar ed., Múnich, Ch. Beck, 2016, p. 207.

⁴⁹ *Vid.* O. Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, *Essays on International Commercial Arbitration* (ed. P. Sarcevic), Graham and Trotman, 1989, pp. 154-155; J. Béguin y M. Menjuq (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005, pp. 1.053-1.058. Las posibilidades de anulación del laudo por falta de cumplimiento de la misión encomendada son claras si los árbitros han motivado su decisión sobre la base de un Derecho distinto al elegido o han orillado una normativa no nacional escogida por las partes, como por ejemplo los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales, sin razones explícitas y fundadas [*ad ex.* art. 53.1º d) de la Ley de Arbitraje egipcia o STS Finlandia 2 julio 2008 en el asunto *Werfen Austria GmbH v Polar Electro Europeo BV*). Cuando los árbitros “interpretan” el Derecho elegido (por ejemplo, el Derecho egipcio), a partir de la presunta identidad con otro Derecho (por ejemplo, el francés), tal y como ocurrió en el asunto *Crocodile Tourist Project C. (Egypte) v Aubert*, resuelto por la sentencia de la *Cour d’Appel* París 1 marzo 1988 (*Revue de l’arbitrage*, 1989, p. 269). De igual modo, la anulación puede prosperar si los árbitros invocan la imposibilidad de conocer la ley aplicable para justificar su sustitución por su propia concepción de la *Lex Mercatoria*. El Laudo CCI de 20 de mayo de 1992 (Caso nº. ARB/84/3) es un buen ejemplo de sustitución de la ley elegida bajo la excusa de que el Derecho egipcio no determina el *dies a quo* para el cálculo de intereses, afirmación que E. Gaillard considera suficientemente absurda como para desacreditar semejante razonamiento (*vid.* “Trente ans de *Lex Mercatoria*: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journ.dr.int.*, 1995, p. 13).

Lex Mercatoria tiene perfiles indefinidos⁵⁰. 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 aplicable⁵¹. 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 arbitrales⁵². 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 profesional (*arbitrator and parties make law*)⁵³. 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; 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 abogados⁵⁴.

Con todo, el interés de la *Lex Mercatoria* 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 fondo. 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 aplicable. 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

⁵⁰ Sobre la vaguedad de la *Lex Mercatoria*, su imprecisión y falta de generalidad, *vid.* A. Kassis, *Théorie générale des usages de commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, Lex Mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 561-576 ; F. A. Mann, “England Rejects Delocalised Contracts and Arbitration”, *I.C.L.Q.*, vol. 33, 1984, pp. 193 ss. ; M. Mustill, “The New *Lex Mercatoria* : The First Twenty-five Years”, *Liber Amicorum Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 149 ss.; P. Lagarde, “Approche critique de la *Lex Mercatoria*”, *Le droit des relations économiques internationales (Études offertes à Bethold Goldman)*, París, Litec, 1987, pp. 125 ss.

⁵¹ La sentencia de la *Cour d’Appel* de París 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 B. Goldman, pp. 433-442).

⁵² *Vid.* J. Paulsson, “La *Lex Mercatoria* dans l’arbitrage CCI”, *Revue de l’arbitrage*, 1990, p. 58.

⁵³ El árbitro, como reconoce O. Lando, al aplicar la *Lex Mercatoria* en realidad “inventa” o “construye” una solución (*cf.* “The *Lex Mercatoria*...”, *loc.cit.*, pp. 752-753).

⁵⁴ Se ha llegado a asociar esta jurisprudencia arbitral, al menos en cierta medida, con los “usos del comercio internacional” (*vid.* J. Béguin, *L’arbitrage commercial international*, Montreal, 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.

implicadas, configurándose como un método especialmente vinculado a la *Lex Mercatoria*⁵⁵.

La práctica arbitral acredita en muchos casos una utilización razonable, por ejemplo, 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 internacional⁵⁶; 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 sistemas jurídicos relevantes. En consecuencia, la afirmación contenida, por ejemplo, en el Laudo CCI nº 7.110/1995⁵⁷, amparando la aplicación de los Principios UNIDROIT como portadores de unos principios generales neutrales que reflejan un consenso internacional⁵⁸, 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 nº 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”*⁵⁹. 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

⁵⁵ Vid. M. Rubino-Sammartano, “Le ‘tronc commun’ des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l’arbitre international)”, *Revue de l’arbitrage*, 1987, pp. 133-138; J. C. Fernández Rozas, *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; B. Ancel, “Tronc commun. Logique et expérience dans l’arbitrage international”, *Il Foro padano*, 1990/2, pp. 20-26; *id.*: “The Tronc Commun Doctrine: Logic and Experience in International Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, vol. 7, 1990/3, p. 92. Así, en *Ministry of Defense and Support of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems Inc.*, el Tribunal de Distrito de California consideró correcta la aplicación de los Principios UNIDROIT, junto al principio general de buena fe, por el hecho de que las partes se hubiesen sometido a los principios generales del comercio internacional (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXIV, 1999, p. 875).

⁵⁶ Así, parece plausible recurrir al art. 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 art. 78 (*vid.* Laudo CCI nº. 8.128/1995 y el comentario de K. P. Berger, “International Arbitral Practice...”, *loc.cit.*, pp. 134-138).

⁵⁷ *Bull. CCI*, 1992/2, pp. 39-54. *Vid.* también el Laudo CCI nº. 1.7375/1996 (y los comentarios de K. P. Berger, K.P., “International Arbitral Practice...”, *loc.cit.*, pp. 143-149) y Laudo CCI nº 9.797/2000 de 28 de julio (M. J. Bonell, *I Principi UNIDROIT nellapratica*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 721-742).

⁵⁸ *Vid.* las reflexiones de A. Frignani, *L’arbitrato commerciale internazionale (Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia dir. F. Galgano)*, vol. 33, Padua, Cedam, 2004, pp. 153-159.

⁵⁹ *Cf.* la cita de M. J. BONELL, “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 nº 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>).

sea Panamá, en virtud del art. 56.3 LA Panamá. El art. 39.2 LA Lituania hace una referencia semejante, pero exige del árbitro una justificación suficiente en la aplicación de la *Lex Mercatoria*.

21. De hecho, una conversión o desnaturalización del arbitraje de Derecho, a través del expediente de la *Lex Mercatoria*, en un arbitraje de equidad, puede justificar el recurso de anulación⁶⁰. Semejante posibilidad aparece cuando los árbitros resuelven exclusivamente a través del recurso a la *Lex Mercatoria*⁶¹. Es cierto que desde el asunto *Norsolor*⁶², resuelto por la STF austriaco 18 noviembre 1982, han proliferado las decisiones judiciales que reconocen, en diferentes sistemas jurídicos, la pertinencia de la *Lex Mercatoria* para resolver *secundum ius*. Sin embargo, la vaguedad inherente a la *Lex Mercatoria* impide un reconocimiento general e incondicionado de su carácter legal y una distinción nítida respecto de las soluciones en equidad. Según las circunstancias, es dable que un arbitraje inspirado en la *Lex Mercatoria* oculte un arbitraje de equidad que pervierte el arbitraje de Derecho que las partes pretendieron, y tal caso existe una posibilidad fundada para anular el laudo o denegar su reconocimiento⁶³. En otras palabras, si los motivos en equidad desplazan a los motivos jurídicos, el laudo puede ser anulado, por lo que se requiere un escrutinio estricto de la pertinencia y del contenido de la *Lex Mercatoria*. En la práctica, los laudos arbitrales basados en la *Lex Mercatoria* o en los usos comerciales apenas son anulados. Para la anulación debe resultar evidente que el laudo se ampara en soluciones de equidad, omitiendo de forma grosera el mandato de las partes que requiere un arbitraje de Derecho⁶⁴. Basta un razonamiento mínimo sobre la base de reglas o usos comerciales para impedir la demanda de anulación. Por esta razón, según algunos autores, en defecto de elección por las partes de ley aplicable, la determinación de esta ley por los árbitros es completamente libre y no se sujeta al control de las jurisdicciones nacionales, si se exceptúa tal vez el artículo 68 de la Ley de Arbitraje inglesa⁶⁵. En definitiva, las facultades de los árbitros en este punto son amplias, pero su selección de la ley aplicable tiene que resultar, hasta cierto punto, justificada.

V. PACTOS CONTRARIOS A LA LEY APLICABLE Y USOS COMERCIALES

1. Pactos contrarios a la ley aplicable

22. La autonomía de la voluntad es la primera regla en el arbitraje, pero la libertad de elegir el Derecho aplicable al fondo (autonomía conflictual) no puede separarse de la

⁶⁰ *Ad ex.*, asunto *Société d'Experts en tarification de l'énergie (ETE) v société Gascogne Paper*, resuelto por sentencia de la *Cour de Cassation* de 1 de febrero de 2012 (*Revue de l'arbitrage*, 2012/1, p. 91).

⁶¹ *Vid.* J. Wyncimer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer, 2012, pp. 993-994; W. W. Park, "The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration", *I.C.L.Q.*, vol. 32, 1983, pp. 50-51; W. Heiskanen, "Theory and Meaning of the Law Applicable in International Commercial Arbitration", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 4, 1993, p. 110.

⁶² Laudo CCI núm. 3131/1979, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. IX, 1984, pp. 109 ss.

⁶³ *Vid.* Ch. Borris y R. Hennecke, "Article V (1) (c)", *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Commentary*, Múnich, CH Beck, 2012, pp., 321-323.

⁶⁴ *Vid.* A. Giardina, "La *lex mercatoria* e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali", *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1992, pp. 467-469.

⁶⁵ *Vid.* W. Danilowicz, *loc.cit.*, pp. 270-271; J. F. Poudret y S. Besson, *op.cit.*, pp. 623-624.

libertad con que las partes han diseñado sus obligaciones contractuales (autonomía material). Resulta, en todo caso, difícil de concebir la solución de una controversia arbitral recurriendo de forma exclusiva a las obligaciones contractuales, pues la interpretación e integración de los pactos, casi siempre necesaria, implica de suyo la necesidad de aplicar reglas jurídicas de interpretación e integración⁶⁶.

En el ámbito jurisdiccional, la ley aplicable a una relación jurídica, en particular a un contrato, cumple la función de designar las reglas que sirven para interpretar e integrar el contrato, pero también proporcionan normas imperativas que limitan la autonomía de las partes y pueden anular determinadas cláusulas del contrato. Esta función restrictiva no es trasladable al ámbito del arbitraje. A la hora de regular la ley aplicable al fondo de las controversias arbitrales, la inmensa mayoría de las normativas inciden en que el contrato es la "ley" básica del arbitraje. "En todos los casos —señala el art. 28.4º de la Ley Modelo de la CNUDMI— el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato...". El singular empleado en el art. 34.3º de la Ley de Arbitraje española es aún más explícito: "En todo caso...". Cuando las partes eligen la ley aplicable, 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 pactos.

Además del artículo 28 LMU, esta mención a la obligación de los árbitros de tener en cuenta, en todo caso, las cláusulas contractuales, se encuentra en el art. VII.2 del Convenio de Ginebra de 1961, y en la mayoría de las normativas nacionales: art. 441 CPC Albania; art. 1051.4 CPC Alemania; arts. 49.3 y 68.4 LA Andorra; art. 43.5 LA Angola; art. 38.1 LA Arabia Saudí; art. 82 LACI Argentina; art. 28.1 LAI Azerbaiyán; art. 41 LAI Barbados; art. 1710 CJ Bélgica; art. 36 LAI Bielorrusia; art. 38.3 LACI Bulgaria; art. 361 CPC Burundi; art. 132 LADR Bután; art. 36.4 LAC Camboya; art. 28.4 LAC Catar; art. 28.4 LACI Chile; art. 28.4 LACI Chipre; art. 101 LA Colombia; art. 29.4 LA Corea del Sur; art. 22 LADR Costa Rica; art. 27.4 LA Croacia; art. 30 LACI Cuba; art. 28.4 LA Dinamarca (aplicable en Islas Feroe); art. 39.3 LA Egipto; rule 47.1 LA Escocia; art. 31.1 LA Eslovaquia; art. 32.4 LA Eslovenia; art. 34.3 LA España; art. 742.4 CPC Estonia; art. 1511 CPC Francia; sec. 42.5 LADR Gambia; sec. 48 (4) LADR Ghana; § 42A601 (a) CPC Guam; art. 36.2 y 3 LA Guatemala; sec. 40.5 LA Guernsey; art. 974 CPC Haití; art. 41.4 LA Hungría; art. 28 (3) LA India; art. 27.4 LACI Irán; art. 55.4 LA Islas Caimán; art. 28.4 LA Islas Cook; art. 36.4 LA Japón; art. 36 c) LA Jordania; art. 44.3 LA Kazajstán (solo en defecto de normas expresas en la ley aplicable); art. 29.5 LA Kenia; art. 6.4 LA Kirguistán (solo en defecto de normas expresas en la ley aplicable); art. 29.3 LA Kosovo; art. 813 CPC Líbano; § 7.45 (4) CCom Liberia; art. 28.3 LACI Macedonia; art. 461 CPC Madagascar; sec. 30 (5) LA Malasia; sec. 45 (3) LA Malta; art. 327-44 CPC Marruecos; art. 28.5 LA Mauricio; art. 56 CA Mauritania; art. 1445 CC México; art. 28.4 LACI Moldavia; art. 34.4 LA Mongolia; art. 40 LA Montenegro; art. 54.4 LA Mozambique; art. 32 a) LA Myanmar; art. 18.3 LA Nepal; art. 54 LA Nicaragua; sec. 28 Schedule 1 LA Nueva Zelanda; art. 39.3 LA Omán; art. 1054.4 CPC Países Bajos; art. 19 LA Palestina; art. 56 LA Panamá; art. 32 LA Paraguay; art. 57.2 LA Perú; art. 1194.2 CPC Polonia; art. 52.3 LA Portugal; art. 7.01 4) LACI Puerto Rico; art. 33.4 LAC República Dominicana; art. 40 LAC Ruanda; art. 601.1 CPC Rumanía; art. 28.3 LAI Rusia; arts. 49 y 50 LA Serbia; art. 38.3 LA Siria; 24.3 LA Sri Lanka; art. 31 LA Sudán; sec. 34 LA Tailandia; art. 73.4 CA Túnez; art. 12.C LAI Turquía; art. 28.4 LACI Ucrania; art. 28.5 LA Uganda; art. 28.4 LACI Uruguay; art. 8 LAC Venezuela; art. 14.3 LA Vietnam (solo en caso de laguna de la *lexcausae*); art. 45 LA Yemen; art. 12 LAI Yibuti; art. 28.4 LA

⁶⁶ Vid. Laudo CCI nº. 9117/1998, cit. por B. Hayward, *op.cit.*, p. 31.

Zimbabue. La misma regla se observa en muchos reglamentos institucionales: art. 21.2 del Reglamento CCI; art. 35.3 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; art. 23.2 del Reglamento del Centro de Arbitraje de México; art. 31.2 del Reglamento del *International Center for Dispute Resolution*; art. 16.3 del Reglamento del *Abu Dhabi Commercial Conciliation and Arbitration Center*; art. 30.3 del Reglamento de Arbitraje de OHADAC; arts. 42.4 del Reglamento del *Netherlands Arbitration Institute*; art. 24.2 del Reglamento del *Canadian Commercial Arbitration Center*; art. 11.1 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Luxemburgo; art. 3.4 del Reglamento de la Cámara Arbitral de Milán; art. 4.3 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje; art. 28.3 del Reglamento de la CIMA; art. 33.3 del Reglamento de las Cámaras suizas; art. 31.3 del Reglamento del *Singapore International Arbitration Center*; art. 24.3 del Reglamento del *Deutsche Institut für Schiedsgerichtsbarkeit*; art. 35.3 del Reglamento del *Hong Kong International Arbitration Center*; art. 24.1 del Reglamento del *Mumbai Center for International Arbitration*; art. 40.3 del Reglamento de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México; art. 39.3 del Reglamento del *Australian Center for International Commercial Arbitration*; art. 29.2 del Reglamento del *Korean Commercial Arbitration Board*; art. 33.3 del Reglamento del *Dubai International Arbitration Center*; art. 36.2 del Reglamento del *Qatar International Center for Conciliation and Arbitration*; art. 23.3 del Reglamento de la *International Commercial Arbitration Court* de la Federación Rusa.

23. Según otra opinión, acaso mayoritaria, 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 ley⁶⁷.

A nuestro juicio, esta interpretación no es de recibo. Por razones de seguridad jurídica y de respecto a la autonomía de las partes, no cabe presumir que las partes han establecido en el contrato cláusulas presuntamente contrarias al Derecho elegido, en la confianza de que este procederá a corregirlas⁶⁸. 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 solo 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 o de orden público internacional, que es independiente de la ley aplicable al contrato, especialmente si esta ha sido elegida por las partes. Al menos, este entendimiento debe prosperar como

⁶⁷ Vid. Fouchard, Gaillard, Goldman, *op.cit.*, pp. 797-799.

⁶⁸ Vid. S. Bollée, "L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre International", *Revue de l'arbitrage*, 2016/3, pp. 675-705.

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. 1.5º), solución idéntica a la contenida en el apartado II del Preámbulo de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales.

En consecuencia, el árbitro no debe aplicar de oficio forma automática ni siquiera la ley elegida por las partes, si dicha ley anula los acuerdos o cláusulas contractuales. Dicha aplicación solo procede si tales normas tienen la consideración de normas internacionalmente imperativas aplicables al caso o cabe interpretar que las partes, con dicha elección, han querido autolimitar o establecer un marco de anulación para sus propios acuerdos.

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 particular, los árbitros deben descartar como inapropiada una ley que limite los acuerdos entre las partes sin razones de orden público internacional. 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.

2. Usos comerciales y principios generales del Derecho

24. De la misma forma que la elección de la ley aplicable no exime al árbitro de tener en cuenta las disposiciones contractuales, las reglas sobre la ley aplicable al fondo de la controversia suelen advertir la procedencia de tener en cuenta, en todo caso, los usos comerciales. Los usos comerciales tienen una función integrativa y normativa, pero como normas jurídicas no son imperativas, por lo que las disposiciones contractuales siempre prevalecerán sobre los usos. En su función integrativa, los usos cubren las lagunas de la ley aplicable, incluso elegida por las partes⁶⁹, pero su aplicación como normas jurídicas difiere, en la medida de que un principio elemental exige la prueba de la costumbre o uso. El árbitro, en consecuencia, no puede hacer valer “de oficio” la existencia de un uso comercial, a menos que sea tan extendido e indubitado que su aplicación resulte manifiesta o salte a la vista *prima facie*. En consecuencia, deberá ser

⁶⁹ Sobre el alcance complementario de los usos *vid.* L. Fumagalli, “La legge applicabile al merito della controversia secondo il Regolamento I.C.C. del 1998”, *Diritto del commercio internazionale*, 2001, pp. 554-555.

más cauto a la hora de requerir de las partes la prueba de tales usos o de complementar dicha prueba recabando las evidencias periciales que considere necesarias, y también a la hora de pedir a las partes un pronunciamiento y debate sobre la pertinencia de tales usos comerciales.

Las posibilidades de anulación son limitadas si los árbitros aplican usos del comercio internacional, incluso *contra legem*: el Laudo CCI núm. 8873/1997 es paradigmático en este sentido, pues hace prevalecer los usos del comercio internacional en material de construcción contradichos por la ley española aplicable, sobre la base del artículo 7 del Convenio de Ginebra de 1961 y la potestad de los árbitros para establecer el alcance, función y jerarquía de los usos comerciales, con el único límite de las normas de orden público internacional de la ley aplicable⁷⁰. Es una solución extendida, además, en los textos de armonización del Derecho de los contratos comerciales internacionales (art. 9 de la Convención de Viena de 1980, art. 1.9 de los Principios UNIDROIT, apartado IV del Preámbulo de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales).

25. Los usos comerciales 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 poco útiles en la práctica⁷¹. Que los contratos deben cumplirse es un principio general del Derecho que no 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. Besson⁷².

VI. NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

26. Ya se ha 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

⁷⁰ *Journ.dr.int.*, 1998, p. 1.017.

⁷¹ *Vid.* en este sentido M. Mustill, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 156.

⁷² *Op.cit.*, p. 630.

de las leyes de policía de la *lex causae*. Aunque sea un lugar común afirmar dicha aplicación⁷³, 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 contraria⁷⁴. 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 contemplado⁷⁵. La conclusión es válida para las leyes de policía basadas en intereses públicos u ordopolíticos, pero también para las disposiciones materiales de la *lex causae* que pretender un determinado equilibrio obligacional entre las partes⁷⁶.

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 contrato⁷⁷. 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 Estado⁷⁸. Se trataría, pues, del supuesto de aplicación característico del art. 7.1º del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o del más restrictivo art. 9.3º del Reglamento (CE) núm. 593/2008 de 17 de junio de 2008 (“Roma I”).

⁷³ Vid. Por ejemplo J. B. Racine, *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.

⁷⁴ Vid. el planteamiento crítico, aunque prudente, de H. Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Zurich, Schulthess, 2006, pp. 250-254.

⁷⁵ 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. Y. Derains “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 principio de que las leyes de policía, de alcance claramente restrictivo, solo deberían considerarse en caso de inclusión expresa y no sobre una presunta inclusión por las partes en su referencia a la ley aplicable.

⁷⁶ Vid. en particular, L. G. Radicati di Brozolo, “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 nº 5.030/1992 (*Journ.dr.int.*, 1993, p. 1.004) o en el Laudo CCI nº 8.385/1995 (*Journ.dr.int.*, 1997, p. 1061).

⁷⁷ Para una defensa de esta tesis, *vid.* Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001.

⁷⁸ Así, el Laudo CCI nº 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.

27. 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 arts. 7.2º del Convenio de Roma y 9.2º del Reglamento “Roma II”. Ciertos sistemas, como el suizo (art. 176.1 LFDIP), obligan a los árbitros a tomar en consideración sus leyes de policía, como país de la sede, lo que resulta criticable. 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, por lo que es razonable que sus normas de orden público internacional referidas al procedimiento sean respetadas. Pero este papel no debería extenderse al fondo de la controversia⁷⁹. 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, al igual que las leyes de policía del país de su posible ejecución (*Exportfähigkeit*)⁸⁰.

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. 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 ejecución⁸¹. 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

⁷⁹ Vid. sobre la cuestión G. A. Bermann, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 330-331.

⁸⁰ *Ad ex.*, Laudo CCI nº 10888 de 2002, *cit.* por J. D. M. Lew, “Transnational Public Policy: Its Application and Effect by International Arbitration Tribunals”, *IX Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2018, p. 13. 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.* L. G. Radicati di Brozolo, *op.cit.*, pp. 343-344).

⁸¹ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “Elección de la ley aplicable y normas imperativas en el arbitraje comercial internacional”, *Derecho internacional privado - Derecho de la libertad y el respeto mutuo (Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt)*, Paraguay, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 606-614.

las que regulan el Derecho de la competencia⁸². 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 interés público (protección del libre mercado, medioambientales, sanitarias, administrativas, de gestión de recursos naturales...) del país de ejecución⁸³. 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 aplicación,⁸⁴ 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 mundial⁸⁵. 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 ineludible⁸⁶.

Resulta evidente que normas imperativas de retorsión, como la ley *Helms Burton*⁸⁷, no pueden ser retenidas por el árbitro, ni siquiera en supuestos que tengan una vinculación territorial. También tiene sentido que la sentencia del Tribunal Federal suizo de 17 de abril de 1990⁸⁸, 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.

⁸² 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. C. Liebscher, “European Public Policy”, *Journ. Int. Arb.*, 2000, pp. 73-88. Vid. también D. Hochstrasser, “Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration”, *Journ. Int. Arb.*, vol. 1, 1994, p. 85; H. Verbist, “The Application of European Community Law in ICC Arbitration”, *Bull. CIA/CCI (Special Supplement: International Commercial Arbitration in Europe)*, 1994, pp. 33-58.

⁸³ Vid. Y. Derains, “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.

⁸⁴ Vid. Y. Derains, “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.

⁸⁵ 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 (vid. H. Grigera Naón, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 186).

⁸⁶ Vid. L. G. Radicati di Brozolo, *loc. cit.*, pp. 452-453.

⁸⁷ Vid. en este sentido E. Gaillard, “Aspects philosophiques...”, *op. cit.*, pp. 181-183.

⁸⁸ *Revue de l’arbitrage*, 1993, p. 322.

Por otra parte, la pluralidad de sistemas que pueden imponer normas internacionalmente imperativas (ley de la sede, *lex causae*, leyes de diversos Estados implicados) propicia la existencia de eventuales conflictos entre normas internacionalmente imperativas, que no pueden ser resueltas a través de métodos conflictuales⁸⁹. Cabe imaginar, por ejemplo, la afectación de dos mercados distintos por una misma práctica anti-competitiva, y la colisión entre normas imperativas de cada una de las leyes estatales o regionales que regulan tales situaciones. En consecuencia, el árbitro debe ponderar la compatibilidad de dichas normas, a través del *dépeçage* o de fórmulas de interpretación favorables a la eficacia máxima, y en caso de imposibilidad de conciliación deberá atender a criterios que permitan establecer el interés público dominante y el mayor grado de *Inlandsbeziehung* o conexión con un Estado, no solo en términos geográficos, sino también de mayor riesgo o vulneración del interés público concernido.

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 arbitral en realidad demuestra que la consideración de las normas imperativas estatales está presente como una suerte de principio general del Derecho internacional privado comparado⁹⁰. 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 reveladora⁹¹.

Recientemente, el principio ha sido reconocido por primera vez en un reglamento arbitral. El artículo 30.4 del Anteproyecto de Reglamento de Arbitraje de la OHADAC establece que “[E]l tribunal arbitral podrá tomar en consideración las normas imperativas de un Estado estrechamente vinculado al contrato que origina la controversia, cuando las obligaciones de las partes deban ejecutarse en dicho Estado, y siempre que el contenido de dichas normas responda a intereses públicos generalmente reconocidos”.

En cierto sentido, la tendencia creciente a la consideración de normas materiales imperativas en el arbitraje comercial internacional es la contrapartida lógica a otra tendencia igualmente creciente, a saber, la extensión de las materias susceptibles de arbitraje. En muchos sistemas jurídicos, la arbitrabilidad se limita a materias caracterizadas por una amplia autonomía de la voluntad. Sin embargo, cada vez es más usual la extensión de la validez de acuerdos de arbitraje referidos a cuestiones vinculadas con intereses públicos, tales como el Derecho de la competencia, de sociedades, quiebras o propiedad industrial, por ejemplo. La posibilidad de someter a

⁸⁹ Vid. A. S. Papeil, “Conflicts of Overriding Mandatory Rules in Arbitration”, *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 341-377 (esp. pp. 361-377).

⁹⁰ Vid. esta conclusión en H. Grigera Naón, H., *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 327; L. G. Radicati di Brozolo, *loc.cit.*, p. 440 y Ch. Seraglini, *Lois de police...*, *op.cit.*, pp. 483 y ss.

⁹¹ “... 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).

arbitraje materias estrechamente conectadas con intereses públicos requiere que los árbitros estén dispuestos a aplicar normas internacionalmente imperativas y principios de orden público internacional emanados de los sistemas jurídicos nacionales, internacionales o supranacionales concernidos. Más difícil resulta precisar las condiciones en que está consideración de las normas de intervención estatales resulta admisible por el árbitro.

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”⁹², 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 partes⁹³. 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.⁹⁴ 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.

29. Evidentemente, la acción de las leyes de policía no sólo sobrepaja 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 (art. 1.4), para muchos trasunto de la *Lex Mercatoria* o de los principios generales del derecho, establezcan abiertamente su compatibilidad con las normas imperativas estatales, al igual que los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales (Preámbulo, III)⁹⁵. Esta cautela no está pensando, necesariamente, en la intervención de una jurisdicción estatal, sino que en su 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*.

⁹² Vid. O. Lalive, “Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international”, *Revue de l’arbitrage*, 1986, pp. 329-373.

⁹³ Vid. Y. Derains, “Attente...”, *loc.cit.*, pp. 89-90.

⁹⁴ *Ad ex.* el Laudo CCI nº 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.

⁹⁵ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “La unificación del Derecho comercial internacional”, *Globalización y comercio internacional*, Madrid, BOE, 2005, pp. 244-246.

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 arbitral⁹⁶.

Bibliografía: AA.VV.: *Jurisprudencia española de arbitraje (60 años de aplicación del arbitraje en España)*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2013. ANCEL, B., “Tronc commun. Logique et expérience dans l’arbitrage international”, *Il Foropadano*, 1990/2, pp. 20-26. ANCEL, B., “The Tronc Commun Doctrine : Logis and Experience in International Arbitration”, *J. Int’l Arb.*, vol. 7, 1990/3, pp. 65 ss. ANDREWS, N., *Arbitration and Contract Law (Common Law Perspectives)*, Cambridge, Springer, 2016. ARFAZADEH, H., *Ordre public et arbitrage international à l’épreuve de la mondialisation*, Zurich, Schulthess, 2006. BEGUIN, J., *L’arbitrage comercial international*, Montréal, 1987. BEGUIN, J., y MENJUCQ, M. (dirs.), *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005. BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, Kluwer, 1999. BERGER, K. P., “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *AJCL*, 1998, pp. 129-150. BERGER, B. y KELLERHALS, F., *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Berna, Stämpfli Publishers, 2015. BERMANN, G. A., “International Arbitration and Private International Law (General Course of Private International Law)”, *R. des C.*, vol. 381 (2015), pp. 41-478 (monográfico en The Hague Academy of International Law, Brill/Nijhoff, 2017). BERMANN, G. A., “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 325-339. BHATTI, M., *Islamic Law and International Commercial Arbitration*, Londres/Nueva York, Routledge, 2019. BOLLEE, S., “L’impérativité du droit choisi par les parties devant l’arbitre International”, *Revue de l’arbitrage*, 2016/3, pp. 675-705. BONELL, J. M., “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 WolrdwideSociétéCoopérative”, *Arb. Int.*, 2001, pp. 249-262. BONELL, J. M., “The UNIDROIT Principles and Transnacional Law”, *Uniform Law Review*, 2000/2, pp. 199-217. BONELL, J. M., *An International Restatement of Contract Law*, 2ª ed., Nueva York, Transnacional Publishers, 1997. BONELL, J. M., *I Principi UNIDROIT nella pratica*, Milán, Giuffrè, 2002. BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., t. II (*International Arbitral Procedures*), Wolters Kluwer, 2014. BORRIS, CH. y HENNECKE, R., “Article V (1) (c)”, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Commentary*, Múnich, CH Beck, 2012, pp. 309-329. BORTOLLOTTI, F., “The UNIDROIT Principles and the Arbitral Tribunals”, *Uniform Law Review*, 2000, pp. 141-152. CHECA MARTÍNEZ, M., “Arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro”, *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 335-371. CHUKWUMERIE, O., “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, *23 Anglo-American Law Review*, 1994, pp. 265-310. DANILOWICZ, W., “The Choice of Applicable Law in International Arbitration”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 9, 1986, pp. 235-284. DERAIS, 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. DERAIS, Y., “Les normes d’application immédiate dans la jurisprudence arbitrale nternationale”, *Le droit des relations économiques internationales (Études offertes à Bethold Goldman)*, Paris, Litec, 1987, p. 28 ss. DERAIS, Y., “Attente légitime des parties et droit

⁹⁶ Vid. especialmente las consideraciones de L. G. Radicati di Brozolo, *loc.cit.*, pp. 476-481.

applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international", *Travaux du comité français de droit international privé (1984-1985)*, Paris, CNRS, 1987, pp. 81-92. DERAÏNS, 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, pp. 227 y ss. DERAÏNS, Y., "Possible Conflict Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute", *UNCITRAL's Project for Model Law in International Commercial Arbitration (ICA Congress Series, vol. 2)*, Lausanne, Kluwer, 1994, p. 169 ss. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN *on International Arbitration*, Kluwer Law, 1999. FAWCETT, J. J., HARRIS, J. M. y BRIDGE, M., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2005. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Lex Mercatoria y autonomía conflictual en la contratación internacional", *AEDIPr.*, t. IV, 2004, pp. 35-78. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S. y STAMPA, G., *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant-Lo-Blanch, 2018. FRIGNANI, A., *L'arbitrato commerciale internazionale (Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia dir. F. Galgano)*, vol. 33, Padua, Cedam, 2004, pp. 153-159. FUMAGALLI, L., "La legge applicabile al merito della controversa secondo il Regolamento I.C.C. del 1998", *Diritto del commercio internazionale*, 2001, pp. 539-560. GAILLARD, E., "Trente ans de Lex Mercatoria: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *Journ.dr.int.*, 1995, p. 5 ss. GAILLARD, E., "La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international", *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 203-217. GAILLARD, E., "Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international", *R. des C.*, t. 329, 2007, pp. 49-216. GAJA, G., "Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell'arbitrato internazionale", *Rivista dell'arbitrato*, 1994, p. 436 ss. GIARDINA, A., "La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali", *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1992, pp. 461 ss. GREENBER, S. ET AL., *International Commercial Arbitration: An Asian Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011. GIRSBERGER, D. y VOSER, N., *International Arbitration (Comparative and Swiss Perspectives)*, 3ª ed., Zürich, Schulthess, 2016. 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, pp. 153-174. GOLDMAN, B., "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *R. des C.*, t. 109 (1963-II), pp. 347-485. GÓMEZ JENE, M., *Arbitraje comercial internacional*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2018. GRIGERANAÓN, H., "Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration", *R. des C.*, t. 289, 2001, pp. 9-395. HAYWARD, B., *Conflict of Laws and Arbitral Discretion (The Closest Connection Test)*, Oxford University Press, 2017. HEISKANEN, V., "Theory and Meaning of the Law Applicable in International Commercial Arbitration", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 4, 1993, pp. 98-129. HEISKANEN, V., "Dealing with Pandora: The Concept of 'Merits' in International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, vol. 22, 2006/4., pp. 597-611. HILL, J., "Some Private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996", *I.C.L.Q.*, vol. 46, 1997, pp. 274-308. HOBÉR, K., *International Commercial Arbitration in Sweden*, Oxford University Press, 2011. HOCHSTRASSER, D., "Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration", *Journ. Int. Arb.*, vol. 1, 1994, pp. 57-86. JANSEN, A. y SPILKER, M., "The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration", *Rebels Z.*, vol. 77, 2013/1, pp. 131-157. KASSIS, A., *Théorie générale des usages de commerce: droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, Lex Mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1984. KNOEPFLER, F. y SCHWEIZER, PH., "Making of Awards and Termination of Proceedings", *Essays on International Commercial Arbitration*, Londres, Graham & Trotman, 1989, pp. 160-176. 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. LALIVE, P., "L'arbitrage international et les principes UNIDROIT", *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. 71 ss. 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, pp. 155-185. LALIVE, P., POUDRET, J. F. y REYMOND, C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Éditions Payot, 1989. LANDO, O., "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *I.C.L.Q.*, vol. 34, 1985, pp. 747-768. LANDO, O., "The Law Applicable to the Merits of the Dispute", *Essays on International Commercial Arbitration* (ed. P. Sarcevic), Graham and Trotman, 1989, pp. 129 ss. LEW, J. D. M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration (A Study in Commercial Arbitration Awards)*, Nueva York, Oceana Publications, 1978. LEW, J. D. M., "Transnational Public Policy: Its Application and Effect by International Arbitration Tribunals", *IX Conferencia Intrnacional Hugo Grocio de Arbitraje*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2018, 64 pp. LEW, J. D. M., MISTELIS, L. A. y KRÖLL, S. M., *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya/Londres/Nueva York, Kluwer Law Int'l, 2003. LIEBSCHER, C., "European Public Policy", *Journ. Int. Arb.*, 2000, pp. 73-88. 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. 699-718. LOQUIN, E., *L'arbitrage du commerce international*, Issy-les-Moulineaux, Joly/L'extenso, 2015. MANN, F. A., "England Rejects Delocalised Contracts and Arbitration", *I.C.L.Q.*, vol. 33, 1984, pp. 193 ss. MAYER, P., "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *R. des C.*, t. 217, 1989, pp. 319-454. MOLINEAUX, CH., "Applicable Law in Arbitration – The Coming Convergence of Civil and Anglo-Saxon Law via Unidroit and Lex Mercatoria", 1 *J. World Investment*, 2000, pp. 127-135. MUSTILL, M., "The New *Lex Mercatoria* : The First Twenty-five Years", *Liber Amicorum Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 149 ss. MAYER, P., "L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence", *R. des C.*, t. 217, 1989, pp. 319-454. NUEBER, M. y ZEILER, G., "International Arbitration in Austria", *International Commercial Arbitration (A. Handbook)*, S. Balthasar ed., Múnich, Ch. Beck, 2016, pp. 187-213. PAPEIL, A. S., "Conflicts of Overriding Mandatory Rules in Arbitration", *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 341-377. PARK, W. W., "The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration", *I.C.L.Q.*, vol. 32, 1983, p. 21 ss. PAULSSON, J., "La *Lex Mercatoria* dans l'arbitrage CCI", *Revue de l'arbitrage*, 1990, pp. 55 ss. PIERS, M. y ERAUW, K., "Application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Arbitration", *Journal of Private International Law*, vol. 8, 2012/3, pp. 441-472. POUURET, F. y BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruselas, Bruylant, 2002. RACINE, J. B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999. 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. 265-501. REDFERN, A. y HUNTER, M., *Redferns & Hunter on International Arbitration*, 5ª ed., Oxford University Press, 2009. REYMOND, C., "Le droit applicable au fond dans l'arbitrage comercial international", *L'arbitrato commerciale internazionale in Svizzera e Italia*, Milán, Giuffrè, 1992, pp. 5-15. RIEDER, M. S. y R. KREINDLER, R., "The arbitration agreement", *Commercial Arbitration in Germany*, Oxford University Press, 2016, pp. 29-97. RUBINO-SAMMARTANO, M., "Le 'tronc commun' des lois nacionales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international)", *Revue de l'arbitrage*, 1987, pp. 133-138. RUBINO-SAMMARTANO, M., *Arbitrage international. Droit et pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2019. SÁNCHEZ LORENZO, S., "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *REDI*, vol. LXI, 2009/1, pp. 39-74. SÁNCHEZ LORENZO, S., "La unificación del Derecho comercial internacional", *Globalización y comercio internacional*, Madrid, BOE, 2005, pp. 239-265. SÁNCHEZ LORENZO, S., "Elección de la ley aplicable y normas imperativas en el arbitraje comercial internacional", *Derecho internacional privado - Derecho de la libertad y el respeto mutuo (Ensayos a la memoria de Tatiana B. De Maekelt)*, Paraguay, CEDEP/ASADIP, 2010, pp. 593-614. SANDERS, P., "Arbitration", *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. XVI, ch.2, 1996. SHEPPARD, A., "Chapter 12: Applicable Substantive Law", *Arbitration in England*, Wolters Kluwer, 2013, pp. 225-238. SERAGLINI, CH., *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001. SERAGLINI, CH., "Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international", *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp. 1.101-1.166. SERAGLINI, CH. y ORTSCHIEDT, P., *Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Montchrestien, 2013. SHACKLETON, S. R., "The Applicable Law in International Arbitration under the New English Arbitration Act 1996", *Arbitration International*, 1997, pp. 375-390. SILBERMAN, L. y FERRARI, F., "Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong", *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 257-323. VAN HOUTE, H., "La loi applicable à l'arbitrage comercial international", *Rev.dr.int.dr.com.*, 1980, pp. 285-300. 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. VON ZIEGLER, A., "Particularities of the Harmonisation 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. 875-886. A., WINCYMER, J., *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer, 2012. WORTMANN, B., "Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System", *Arbitration International*, vol. 14, nº 2, pp. 97-113.