

## Sumario

- I. Introducción
- II. El acuerdo de arbitraje
- III. Derecho aplicable al fondo de la controversia
- IV. La motivación del laudo arbitral
- V. Arbitraje e intervención judicial



## Aspectos clave del arbitraje comercial internacional<sup>1</sup>

Sixto A. Sánchez Lorenzo

### I. Introducción

El arbitraje, sin adjetivos, constituye una alternativa a la solución jurisdiccional de controversias. No es, como suele afirmarse, un *equivalente* jurisdiccional, salvo en la medida en que el laudo produce los mismos efectos de cosa juzgada y de ejecutividad que una sentencia judicial. En su dimensión procesal, el arbitraje presenta indudables analogías con el procedimiento judicial, pero las analogías, sin embargo, no van mucho más allá. El arbitraje es justicia privada impartida por sujetos privados que no están investidos de jurisdicción, condición exclusiva de determinadas autoridades públicas. Como solución alternativa de controversias presenta, pues, una legitimación muy diversa, que se ampara en la autonomía de la voluntad de las partes. La clave de semejante fundamento es el convenio o acuerdo de arbitraje (capítulo II).

El fundamento de la decisión arbitral presenta asimismo una sustantividad propia. Además de poder decidir en equidad, el árbitro, singularmente en el arbitraje comercial internacional, se enfrenta de manera diversa a la cuestión de la ley aplicable al fondo de la controversia (capítulo III) y a la propia motivación del laudo arbitral (capítulo IV). Finalmente, por su singularidad, el arbitraje mantiene una relación peculiar con el orden jurisdiccional y viene definido por el alcance de dichas relaciones (capítulo V).

El presente estudio expone de forma escrita y sintética el contenido del curso monográfico impartido en el marco del XLVI Curso de Derecho Internacional organizado por la OEA en 2019 (Rio de Janeiro). En él se abordan las cuestiones sustantivas mencionadas en el ámbito específico del arbitraje comercial internacional.

---

“El arbitraje es justicia privada impartida por sujetos privados que no están investidos de jurisdicción, condición exclusiva de determinadas autoridades públicas. Como solución alternativa de controversias presenta, pues, una legitimación muy diversa, que se ampara en la autonomía de la voluntad de las partes.”

---

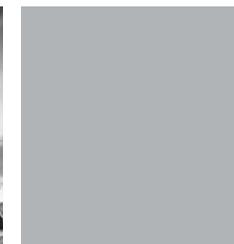
## II. El acuerdo de arbitraje

### 1. Autonomía y separabilidad

La autonomía de la voluntad es la base jurídica del arbitraje como institución. El arbitraje, como solución de controversias alternativa a las fórmulas jurisdiccionales, se fundamenta en un acuerdo entre las partes. El Derecho a la tutela judicial efectiva y al juez predeterminado en la ley implica que solo mediante acuerdo se puede renunciar al derecho fundamental a obtener justicia a través de los poderes del Estado que ejercen la función jurisdiccional, salvo raras y contadas excepciones.

El acuerdo de arbitraje, en cualquier caso, implica una obligación de naturaleza contractual que conlleva el intercambio de declaraciones de voluntad coincidentes o, si se quiere, la concurrencia de oferta y aceptación, que como se verá, no siempre requiere un acuerdo expreso y escrito. De hecho, en el arbitraje de inversiones el convenio arbitral no es por definición expreso, sino tácito. De igual modo, el acuerdo arbitral se expresa a menudo de forma tácita por el mero hecho de incorporarse las partes a una asociación o sociedad mercantil, en cuyos estatutos se establezca la solución arbitral para las relaciones entre los socios. En estos casos, el consentimiento se expresa por adhesión y plantea problemas similares a la validez de los acuerdos de arbitraje en condiciones generales de la contratación.

En materia de comercio internacional, el arbitraje suele fundarse en la mayor parte de los casos en una cláusula compromisoria contenida en un contrato. El principio de separabilidad de la cláusula compromisoria pretende que la cláusula compromisoria sea entendida como un contrato en sí



mismo, como un negocio “abstracto” en relación con el contrato. Semejante consideración es instrumental, pues pretende dissociar la validez o nulidad de la cláusula respecto del contrato: *La nulidad de la cláusula no determina la nulidad del contrato, ni la nulidad del contrato determina la nulidad de la cláusula* (ad ex. art. 16.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI). La separabilidad de la cláusula compromisoria en este sentido no responde a un principio específico del Derecho sobre arbitraje. Se trata de un principio recogido como lugar común en todos los sistemas de derecho contractual, tanto para la nulidad como para los efectos de la resolución del contrato respecto de las cláusulas de solución de controversias o de ley aplicable o, por ejemplo, de aquellas obligaciones previstas en caso precisamente de resolución del contrato<sup>2</sup>.

---

“El principio de separabilidad de la cláusula compromisoria pretende que la cláusula compromisoria sea entendida como un contrato en sí mismo”

---

Más allá de este principio de separabilidad del régimen jurídico de la cláusula compromisoria respecto del propio del contrato, la autonomía de la cláusula arbitral se predica en un segundo sentido, más controvertido, para significar la independencia de la cláusula compromisoria o del acuerdo arbitral de cualquier Derecho estatal, en virtud del carácter anacional del arbitraje. El postulado se suscita ya en la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 4 de julio de 1972 en el asunto *Hetch* y toma forma en especial en la sentencia del mismo tribunal de 20 de diciembre de 1993 (*Dalico*).

En esta última decisión, el tribunal deduce del principio de separabilidad de la cláusula compromisoria, considerado en sí mismo como un principio del derecho internacional del arbitraje (no específicamente francés), que la validez y eficacia de la cláusula no puede quedar sometida a ningún Derecho estatal, sino que debe ser observada a partir de la voluntad común de las partes. La regla aparece formulada en el artículo 4.II del *Acte Uniforme Relatif au Droit D'Arbitrage* (AUA) de forma clara, al enunciar el principio de separabilidad de la cláusula arbitral<sup>3</sup>.

Aparentemente, la deducción del tribunal francés vendría a proponer una aproximación material o sustantiva al problema de la validez de la cláusula compromisoria, frente a las soluciones conflictuales más frecuentes. Esta lectura, sin embargo, es engañosa. En realidad, el tribunal francés parece querer extraer del principio de autonomía de la cláusula compromisoria una aproximación puramente fáctica a la cuestión de la validez de la cláusula compromisoria, que pasaría por la mera constatación fáctica de la voluntad común de las partes en su formulación. Aunque el objetivo

de favorecer la validez del acuerdo arbitral frente a incómodas exigencias eventualmente previstas por una determinada ley nacional es evidente<sup>4</sup>, la pretensión es vana, pues la interpretación de la existencia de una voluntad común de las partes es una circunstancia que debe valorarse conforme a parámetros jurídicos<sup>5</sup>. En realidad, la jurisprudencia francesa lo que viene a esconder tras la pretendida anacionalidad de la cláusula compromisoria es la aplicación a su validez de los criterios (generosos) del Derecho francés en materia de arbitraje internacional. Así lo reconoce, en realidad, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 de julio de 2006, en el asunto *Jules Verne*, al sentenciar que «*le principe de validité de la convention d'arbitrage international et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sont des règles matérielles du droit français de l'arbitrage international, qui consacrent, d'une part, la licéité de la clause d'arbitrage indépendamment de toute référence à une loi étatique*»<sup>6</sup>.

La anacionalidad de la cláusula compromisoria conlleva una exclusión de las leyes estatales que limitan su validez. Llevado al absurdo,



la cláusula sería siempre válida, puesto que ninguna ley podría señalar su nulidad. Evidentemente, el sentido de la jurisprudencia francesa es otro: la validez de la cláusula compromisoria se determina de forma directa a través de los criterios materiales del propio Derecho francés, cuyas normas, básicamente partidarias de admitir la validez de la cláusula salvo por motivos estrictos de orden público internacional, se aplicarían como normas materiales de Derecho internacional privado sin necesidad de una especial conexión (*Inlandsbeziehung*)<sup>7</sup>.

Desvelado el sofisma, conviene incidir asimismo en la alteración de la premisa. Como hemos señalado, la separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato obedece a un principio anclado en el derecho contractual, no en el derecho del arbitraje. Se trata de una separación de la cláusula respecto del contrato

principal, como contrato autónomo dentro del contrato. Consecuencia de esta separación es, simplemente, que la ley aplicable a cada contrato autónomo ha de ser o puede ser diferente.

---

“La anacionalidad de la cláusula compromisoria conlleva una exclusión de las leyes estatales que limitan su validez. Llevado al absurdo, la cláusula sería siempre válida, puesto que ninguna ley podría señalar su nulidad.”

---

La jurisprudencia francesa produce un salto lógico que ya no se ancla en las exigencias o postulados del Derecho contractual, sino en los valores que sustentan una determinada concepción del arbitraje comercial internacional: la cláusula compromisoria, y su eficacia, no solo son

independientes del contrato, sino también de cualquier Derecho estatal. Este salto lógico, sin embargo, no puede deducirse del principio de separabilidad de la cláusula respecto del contrato. El principio de separabilidad de las cláusulas de solución de controversias respecto del contrato sí es un principio del Derecho internacional de los contratos, y también del arbitraje comercial internacional. En cambio, el principio de independencia de la cláusula compromisoria respecto de los derechos estatales no es un principio del Derecho internacional, sino más bien del Derecho francés del arbitraje.

De hecho, en sentido estricto, el principio de separabilidad del contrato aboca más bien a la sujeción de la cláusula compromisoria, como contrato autónomo, a su *propio* derecho aplicable. En defecto de reglas uniformes que regulen las condiciones de fondo y de forma de las cláusulas compromisorias, como contratos específicos, la regla más evidente es recurrir al carácter residual que en todo sistema contractual tienen las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales. La propuesta jurisprudencial francesa propone como alternativa

una aproximación material o sustantiva, pero que en realidad esconde una opción conflictual: no se trata de aplicar criterios transnacionales sobre la validez de un acuerdo, que no existen, sino pura y simplemente de valorar la validez de la cláusula conforme a los criterios sustantivos de perfección del acuerdo que rigen en el Derecho francés para tal tipo de acuerdos: en suma, de aplicar la *lex fori*<sup>8</sup>.

## 2. Validez del acuerdo de arbitraje

### A) Validez formal

Tradicionalmente, la mayoría de los sistemas jurídicos exigen la constancia por escrito del acuerdo arbitral. Se justifica esta exigencia formal no solo por razones probatorias, sino en virtud de razones de seguridad jurídica para las propias partes, dada la eficacia futura, más allá del contrato, del propio acuerdo de arbitraje y la importancia del acuerdo en sí mismo<sup>9</sup>. El acuerdo es escrito no solo cuando consta en un documento contractual o independiente del contrato que ha sido firmado por ambas partes, sino cuando las declaraciones de las partes se materializan

en un soporte escrito<sup>10</sup> o en un soporte electrónico susceptible de reproducirse por escrito (Opción I, art. 7.4 de la Ley Modelo de la CNUDMI). El problema se plantea a menudo en relación con el intercambio de documentos en una relación contractual, si la sujeción al arbitraje solo consta por escrito en uno de los documentos enviados por una parte, aunque la otra procede a ejecutar el contrato. La cuestión consiste en determinar si existe una aceptación tácita de un acuerdo arbitral que consta ofertado por escrito, y en este sentido guarda relación asimismo con la hipótesis que será analizada a continuación. En la práctica, una aproximación contractual ampara la jurisprudencia que se ha mostrado restrictiva acerca de la eficacia de este acuerdo arbitral.

Poco tiene que ver con la determinación formal del carácter escrito del acuerdo de arbitraje la posibilidad de que la cláusula compromisoria o el acuerdo de arbitraje puedan ser incorporados por referencia (Opción I, art. 7.6° de la Ley Modelo). En este caso, la cláusula compromisoria no consta expresamente en el contrato, sino que se incorpora a él por referencia a un documento, generalmente un

formulario de condiciones generales, en que se contiene una cláusula compromisoria. En tal hipótesis, es obvio que la cláusula compromisoria consta por escrito en un documento<sup>11</sup>. La cuestión que afecta a las cláusulas contenidas en formularios o condiciones generales de la contratación suscita esencialmente una cuestión de validez sustancial, esto es, de conformación válida del consentimiento expresado por adhesión en la contratación estandarizada, por lo que será abordada en el epígrafe siguiente.

Frente a la solución tradicional, que exige una plasmación por escrito del acuerdo arbitral, la tendencia actual consiste simplemente en extender a la cláusula compromisoria el principio de libertad formal que caracteriza al derecho contractual general. En 2006, la Ley Modelo CNUDMI introdujo esta Opción II en su artículo 7: «El 'acuerdo de arbitraje' es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no». Se trata de una opción de libertad de forma que se sigue en sistemas como Escocia, Suecia, Bélgica, Puerto

Rico, Francia, Andorra, Dinamarca, Islas Cook, Noruega, Nueva Zelanda, Canadá, 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. La solución basada en el principio de libertad de forma parece preferible y más clara que la exigencia tradicional para el arbitraje comercial internacional<sup>12</sup>. Los árbitros tienen competencia para decidir acerca de la validez formal del acuerdo arbitral. Su redacción o confirmación por escrito facilita la prueba de la existencia de dicho acuerdo, pero finalmente de lo que se trata, como en cualquier obligación contractual, es que exista una prueba fehaciente, apreciada conforme a las circunstancias y a las reglas de la sana crítica, de que ambas partes acordaron la sumisión de sus controversias a una solución arbitral.

## B) Validez sustancial

Desde el punto de vista de la validez sustancial, una cuestión clave consiste en determinar si la incorporación por referencia al

contrato es clara y, en particular, si una cláusula compromisoria puede formar parte de unas condiciones generales sin haber sido negociada individualmente.

El hecho de que la cláusula sea formalmente válida no impide que dicha práctica pueda conducir a la invalidez de la cláusula cuando se trata de un contrato de adhesión<sup>13</sup>. La protección del adherente se traduce, en consecuencia, en exigencias de validez formal adicionales, que son indisociables de la validez sustancial de la cláusula. Se trata, en este caso, de formas *ad solemnitatem*. Las restricciones a la validez de los acuerdos arbitrales contenidos en condiciones generales apuntan a mantener la integridad del consentimiento de las partes. El principio general consiste en interpretar, a la luz del caso concreto, que las partes eran conscientes de dicho acuerdo. Por ello, la incorporación por referencia “perfecta”, en que la mención a la cláusula arbitral contenida en las condiciones generales es específica en la parte del contrato negociada individualmente, plantea muchos menos problemas<sup>14</sup> que la referencia imperfecta, por la mera incorporación del formulario de condiciones generales<sup>15</sup>. Es preciso, en este

último caso, tener en consideración las circunstancias de las partes, el grado de especialización del sector comercial y, por supuesto, los usos habituales en dicho comercio<sup>16</sup>.

El acuerdo de arbitraje puede resultar asimismo ineficaz por la imperfección en la definición del objeto. En suma, se trata de aplicar un principio del Derecho contractual que exige que el objeto del contrato sea determinado o determinable, al menos en sus aspectos básicos y esenciales. La patología de las cláusulas compromisorias en este sentido es muy variable: elección de normas derogadas, dudas sobre el carácter obligatorio o facultativo de la solución arbitral, concurrencia con cláusulas de elección de foro, previsión de recursos judiciales contra el laudo, cláusulas híbridas o imprecisión de la institución arbitral o del reglamento elegido, procedimientos ineficaces de designación de árbitros, elección de reglas de procedimiento impracticables, etc. En la práctica, la indeterminación del objeto del arbitraje u otras patologías del acuerdo arbitral suscitan una cuestión básica de interpretación que se rige por los principios generales de interpretación de los contratos<sup>17</sup>.

---

“Una cuestión clave consiste en determinar si la incorporación por referencia al contrato es clara y, en particular, si una cláusula compromisoria puede formar parte de unas condiciones generales sin haber sido negociada individualmente.”

---

Por último, la arbitrabilidad se vincula directamente a la validez del acuerdo de arbitraje como negocio jurídico, en la medida en que la arbitrabilidad se refiere a la licitud del objeto del acuerdo de arbitraje. El objeto del arbitraje viene delimitado legalmente de forma imperativa y, en consecuencia, un acuerdo de arbitraje que se refiere a materias excluidas por ley de la posibilidad de solución arbitral es nulo (*ad ex.* artículo 17.1 LA China). Algunas normativas incluyen la arbitrabilidad como un aspecto más de la validez del acuerdo de arbitraje. No es el caso, sin embargo de la Ley Modelo, por lo que la solución predominante es su tratamiento como una cuestión autónoma, tal y como se desprende del propio artículo V CNY.

### 3. Ley aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje

#### A) Validez formal

Las diferentes soluciones acerca de la validez formal de la cláusula arbitral, que han sido puestas de relieve, obligan a plantearse el carácter material o conflictual de las disposiciones sobre la materia. En algunos sistemas, la validez formal del acuerdo arbitral implica la aplicación imperativa de las condiciones de la ley del foro cuando esta resulta ser la sede del arbitraje<sup>18</sup>. La aplicación a la validez formal del acuerdo material de normas materiales enmascara en muchos casos una solución conflictual, como veremos dominante, consistente en aplicar la ley del país de la sede arbitral a la validez del acuerdo arbitral, tanto formal como sustancial.

En otros casos, la fórmula conflictual es más evidente: Así, el artículo 6.2º del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR se orienta hacia una solución claramente conflictual, a partir de la sujeción de la validez formal de la convención arbitral a la *lex loci celebrationis*, aunque el

*favor negotii* se obtiene ampliando la posibilidad de decretar la validez formal conforme a una ley objetivamente vinculada con el contrato (art. 6.5º), mientras que reserva a la ley de la sede la determinación de la validez sustancial del acuerdo de arbitraje (artículo 7.2). Del mismo modo, el artículo I.2 a) del Convenio de Ginebra de 1961 parece orientarse a una solución parcialmente conflictual en favor de la conservación del acuerdo arbitral al definirlo alternativamente «en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes».

En cualquier caso, la aplicación de los mismos criterios de ley aplicable a la validez formal y sustancial podría ampararse, en último término, en una calificación del carácter de las exigencias formales, como solemnidad o condición de validez, o meramente *ad probationem*. En la práctica, la primera aproximación parece primar, por lo que en muchos sistemas la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral debería abarcar por igual los aspectos formales y sustanciales.

#### B) Validez sustancial

La determinación de la validez sustancial y formal de las cláusulas compromisorias importa tanto a los árbitros, a la hora de decidir sobre su propia competencia<sup>19</sup>, como a los jueces que deben dilucidar una excepción de arbitraje o un supuesto de nulidad o reconocimiento de un laudo. La ley aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje puede regirse por reglas diferentes según se trate de una u otra hipótesis.

La determinación de la validez sustancial de la cláusula arbitral puede inspirarse igualmente en un criterio material, como el sostenido por la jurisprudencia francesa<sup>20</sup>, partidaria de no someter esta cuestión a ninguna ley nacional<sup>21</sup>, que en realidad acaba sujetando dicha cuestión a la *lex fori*<sup>22</sup>.

Algunos sistemas no contienen normas específicas sobre la ley aplicable a la validez sustancial de la cláusula compromisoria, por lo que resultan de aplicación, bien las reglas del foro sobre validez sustancial del acuerdo de arbitraje internacional, bien las normas de conflicto generales en materia de contratos, aunque aplicables a

la cláusula compromisoria considerada en sí misma como un contrato, en virtud del principio de autonomía. Entre ambas opciones, resulta más justificada, por razones de proximidad y previsibilidad, la aplicación de la *lex causae*, al menos con carácter general<sup>23</sup>. Resulta fácil comprender que si las partes han previsto específicamente una ley aplicable al acuerdo de arbitraje dicha ley tiene muchos visos de ser respetada por árbitros y jueces en la inmensa mayoría de sistemas jurídicos. El problema es que rara vez las partes establecen una cláusula específica sobre la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral y las reglas y cláusulas-tipo de instituciones arbitrales, salvo excepciones, no prevén ni aconsejan dicha elección<sup>24</sup>.

En defecto de elección por la partes, la determinación de una conexión objetiva para regir la validez del acuerdo arbitral reclama soluciones específicas<sup>25</sup>. Las normas de conflicto generales en materia de obligaciones deben adecuarse a la particularidad del acuerdo de arbitraje, y su especialidad es deseable<sup>26</sup>. De esta forma, la ley aplicable al acuerdo arbitral en defecto de elección puede venir mediatizada por

su carácter de acuerdo o contrato procesal. Así, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (art. 7.2) contempla una solución unitaria, sometiendo la validez sustancial del acuerdo arbitral a la ley del país de la sede arbitral<sup>27</sup>.

Con cierta frecuencia, sin embargo, los sistemas de arbitraje comercial internacional prevén soluciones conflictuales específicas, a través de conexiones múltiples, que divergen según se formulen para determinar la validez de la cláusula arbitral por parte de los árbitros o de los jueces que deben resolver una excepción de arbitraje, o la nulidad del acuerdo se invoque en procedimiento de anulación o de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. En relación con los procedimientos de anulación y, por extensión, para resolver la validez del acuerdo de arbitraje por parte de los tribunales, la regla prevista en el art. IX del Convenio de Ginebra o en el artículo 34.2 a) i) de la Ley Modelo contempla que la validez del acuerdo de arbitraje se determine conforme a la ley elegida por las partes y, solo en su defecto, por la ley de la sede que, en la formulación unilateral de las legislaciones

nacionales, se menciona obviamente como ley del foro. Se trata de una solución acogida en numerosos sistemas nacionales. La misma solución de conexiones subsidiarias se contempla en el ámbito de los procedimientos de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (arts. V.1 a) CNY y 36.1 a) i) de la Ley Modelo), que han optado igualmente por un sistema restrictivo y poco inclinado a la regla del *favor negotii*: resulta nulo el acuerdo arbitral si así lo establece la ley elegida por las partes para regir dicho acuerdo<sup>28</sup> o, solo en su defecto, la *lex arbitri* (entendiendo el lugar en que se ha dictado la sentencia como lugar de la sede del arbitraje). El artículo 5.1º b) de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975, reproduce esta regla, que han incorporado específicamente muchos sistemas.

Para la valoración de la excepción de arbitraje, el art. VI.2 del Convenio de Ginebra contempla igualmente una solución escalonada, que parte de la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral, y solo en su defecto la ley del país de la sede (también *ad ex.* sec. 6 LA Escocia), si bien regula como

es lógico la posibilidad, que no se da en los procedimientos de anulación o reconocimiento de laudos, de que la sede arbitral aún no se haya determinado, en cuyo caso la validez sustancial del acuerdo de arbitraje se somete a lo previsto en las normas de conflicto del foro, con excepción de la arbitrabilidad, que queda sometida directamente a las limitaciones impuestas por la ley material del foro.

Algunas legislaciones nacionales se apartan de estas soluciones concretas, pero no del principio básico de establecer conexiones subsidiarias o en cascada, que se aplican en defecto de la anterior. Otros sistemas se inspiran más claramente en el *favor negotii* para someter al acuerdo de arbitraje a diversas leyes que son aplicable de forma alternativa, y no subsidiaria. En particular, algunas legislaciones prevén una acumulación de leyes aplicables de forma alternativa: permiten admitir la validez del acuerdo, y por tanto reconocer el laudo, si así lo establece, indistintamente, la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral, la ley aplicable al fondo de la controversia o la propia ley del foro o Estado requerido (*ad ex.* artículo 63.2 LA Andorra; artículo 9.6

LA España; artículo 13.7 LA Perú; art. 51.1 LA Portugal; art. 10.5 LAC República Dominicana; art. 178.2 LFDIP Suiza).

### III. Derecho aplicable al fondo de la controversia

#### 1. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad

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. Con todo, no debe olvidarse que el árbitro de equidad no es inmune a la consideración de motivos propiamente jurídicos<sup>29</sup>. En particular, está obligado a 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.

## 2. Elección por las partes del Derecho aplicable

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. 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.

La elección expresa del Derecho aplicable suele configurarse a través de una cláusula o *pacto de lege utenda*, susceptible de incorporarse en el propio contrato o en cualquier otro documento. En todo caso, se suele predicar la autonomía de dicho pacto, en el sentido de que la nulidad del contrato no prejuzga la validez de la cláusula de elección de la ley aplicable y viceversa [*ad ex.* art. 10 del Reglamento (CE) n° 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 suizo<sup>30</sup>, mientras que ha sido descartado por otros, como el francés<sup>31</sup>.

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, pues 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 posteriores<sup>32</sup>. 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. 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 contextuales<sup>33</sup>. 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 Derecho<sup>34</sup>.

---

“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. 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.”

---

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 controversia<sup>35</sup>. La elección única de un Derecho estatal no excluye, sin embargo, la aplicabilidad de los usos del comercio internacional, como luego veremos.

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 versiones<sup>36</sup> 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 flexible<sup>37</sup>. En la práctica, prevalece, sin embargo, una interpretación precisamente flexible, que favorece la máxima autonomía de las partes a la hora de determinar el régimen de reglas que deben ser tenidas en cuenta para resolver en cuanto al fondo. Más problemática es su aplicación para integrar una remisión genérica a la *Lex Mercatoria* o a los usos del comercio internacional<sup>38</sup>.

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 1980<sup>39</sup>—, que amparar en ella la aplicación global e íntegra de un texto como los Principios UNIDROIT, que presentan claras innovaciones<sup>40</sup>, y aún menos si sus controversias se resuelven en sede arbitral<sup>41</sup>. 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 internacional<sup>42</sup>. Afortunadamente, la introducción en la contrato de una cláusula de elección genérica de la *Lex Mercatoria* no deja de ser sumamente extraña<sup>43</sup>.

### 3. Derecho aplicable en defecto de elección

#### A) Vía indirecta

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”<sup>44</sup>. Se trata de una referencia incorporada tal cual a muchas reglamentaciones y legislaciones arbitrales nacionales, que

inspiró claramente la práctica arbitral dominante en los años setenta y ochenta<sup>45</sup>.

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 conectada<sup>46</sup>, lo que implica una consideración de coordenadas geográficas que hacen igualmente difícil la aplicación de una ley que no sea estatal<sup>47</sup>.

---

“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 regla le habilita para utilizar aquella norma de conflicto que considere apropiada. 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”<sup>48</sup>, u opten por reglas contenidas en convenios internacionales o en regulaciones extendidas como las contenidas en el Reglamento “Roma I” en la Unión Europea.

### B) Vía directa

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”<sup>49</sup>.

La formulación “material” tiene algunas ventajas adicionales, además de ser directa. En primer término, permite interpretar sin las dudas de un sistema indirecto que el árbitro goza de la facultad de aplicar reglas jurídicas no estatales<sup>50</sup>. 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. En cualquier caso, la vía directa proporciona al árbitro un amplio margen de discrecionalidad, pero no absoluto<sup>51</sup>. 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 previsible<sup>52</sup>, 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.

### C) *Lex Mercatoria*

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. Los problemas en este punto se vinculan de nuevo a la consideración de dichas normativas como *ratio scripta* o *Lex Mercatoria*. 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 aplicable<sup>53</sup>. 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 arbitrales<sup>54</sup>. 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*)<sup>55</sup>.

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 anulación<sup>56</sup>. Semejante posibilidad aparece cuando los árbitros resuelven exclusivamente a través del recurso a ésta<sup>57</sup>. Es cierto que desde el asunto *Norsolor*<sup>58</sup>, 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 reconocimiento<sup>59</sup>.

---

“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 anulación. Semejante posibilidad aparece cuando los árbitros resuelven exclusivamente a través del recurso a ésta.”

---

### 4. Pactos contrarios a la ley aplicable y usos comerciales

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...”.

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 ley<sup>60</sup>.

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 corregirlas<sup>61</sup>. 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.

En consecuencia, el árbitro no debe aplicar de oficio ni de 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.

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. El árbitro 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 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. Con todo, 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 aplicable<sup>62</sup>.

---

“El árbitro no debe aplicar de oficio ni de forma automática ni siquiera la ley elegida por las partes, si dicha ley anula los acuerdos o cláusulas contractuales.”

---

## 5. Normas internacionalmente imperativas

Una ley estrechamente vinculada al contrato, incluso si coincide con la ley aplicable al fondo, puede proporcionar normas de intervención o imperativas cuya consideración

por el árbitro se encuentra 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 contrato<sup>63</sup>. 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 Estado<sup>64</sup>. Del mismo modo procedería descartar las normas imperativas previstas por la *lex arbitri*, pues se obliga 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, donde 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 controversia<sup>65</sup>.

La aplicación de las normas imperativas implica que el árbitro tome en consideración y considere legítimo

el cumplimiento o la interferencia de normas de orden público económico de un Estado particularmente vinculado al contrato, en particular del país de ejecución<sup>66</sup>. Las normas imperativas aplicables no necesariamente responderán a una fuente estatal. En el caso de los países de la Unión Europea, buena parte del orden público económico se encuentra en disposiciones institucionales, como las que regulan el Derecho de la competencia<sup>67</sup>. 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 ejecución<sup>68</sup>. 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,<sup>69</sup> 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 mundial<sup>70</sup>. 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 comparado<sup>71</sup>. 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 reveladora<sup>72</sup>. 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.

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 conflictuales<sup>73</sup>. 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.

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 arbitral<sup>74</sup>.

#### IV. La motivación del laudo arbitral

##### 1. La exigencia de motivación y sus excepciones

La expresión de los motivos o razones que fundamentan el laudo arbitral constituye un principio general en el arbitraje comercial internacional. Parte de la doctrina ha querido ver incluso un principio de orden

público internacional o ha defendido esta posibilidad<sup>75</sup>. Con independencia de ello, la exigencia de motivación del laudo proporciona transparencia a la actuación arbitral y redundará en una mayor calidad del arbitraje, pero sobre todo permite a las partes comprobar que no se han vulnerado sus derechos de defensa y la decisión no es arbitraria. Sin conocer los motivos es imposible saber si los árbitros han considerado argumentos no expuestos ni debatidos por las partes, se han conformado debidamente a la misión encomendada por las partes, respondido a las cuestiones planteadas y, en definitiva, si el laudo se acomoda a los estándares de orden público requeridos<sup>76</sup>. Por otra parte, la exigencia de motivación se refiere tanto a los hechos como a los fundamentos de la decisión, ya sean estos jurídicos (arbitraje de Derecho) o de equidad.

A pesar de sus ventajas, la motivación del laudo no es exigida tradicionalmente en los sistemas tributarios del *common law*<sup>77</sup>, si bien la reforma de la Ley de Arbitraje inglesa en 1979 inició un profundo cambio de perspectiva en el Derecho inglés<sup>78</sup>, que culminó con la Ley de Arbitraje de 1996 que consagró

esa posibilidad (secs. 68.2.h y 70.4). En Estados Unidos, sin embargo, no solo las legislaciones arbitrales (*Federal Arbitration Act, Uniform Arbitration Act*) no recogen la obligación de motivación, sino que el propio Tribunal Supremo ha establecido que los árbitros no están obligados a proporcionar los motivos de su laudo<sup>79</sup>. En contraste, buena parte de los regímenes legales en materia de arbitraje se limitan de forma lacónica a regular la necesidad de que el laudo sea motivado o razonado, y suelen hacer esta mención en las disposiciones referidas al contenido o formal del laudo, sin mayores precisiones. Pero incluso en estos sistemas el principio de motivación del laudo arbitral admite excepciones.

En primer lugar, la posibilidad de que las partes puedan exceptuar la motivación del laudo arbitral mediante acuerdo es la regla más extendida en el Derecho comparado, lo que llevaría a confirmar que *per se* la exigencia de motivación no es una imposición de orden público internacional o transnacional. El modelo en este sentido viene representado por lo dispuesto en el art. 8 del Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional,

hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, y es seguido por un buen número de sistemas nacionales. La exclusión puede ser incluso tácita, pues dicho acuerdo se infiere del hecho de que las partes hayan elegido un procedimiento arbitral o una *lex arbitri*, conforme a la cual no es obligado motivar el laudo. No obstante, algunos sistemas que reconocen la existencia de un acuerdo tácito de las partes (efecto positivo) en favor de la motivación por el hecho de designar directa o indirectamente un reglamento o una *lex arbitri* que requiere la motivación, no reconocen la posibilidad contraria (efecto negativo), esto es, la exención de la obligación de motivación por el mero hecho de someterse a un reglamento o a una *lex arbitri* que se abstenga de exigir imperativamente la motivación<sup>80</sup>. Con todo, algunos sistemas jurídicos y reglamentos institucionales niegan cualquier posibilidad de una renuncia a la motivación del laudo meramente tácita, exigiendo forma expresa y escrita<sup>81</sup>; otros precisan que la renuncia a la motivación debe constar en el acuerdo arbitral<sup>82</sup> y en el sistema holandés se exige acuerdo por escrito y posterior al nacimiento del litigio [art. 1057.4 e) y 5 CPC

Países Bajos; arts. 44.1 e) y 44.3 del Reglamento del *Netherlands Arbitration Institute*]<sup>83</sup>.

La mayoría de los sistemas añaden, junto al acuerdo de las partes, la posibilidad de omitir la motivación del laudo transaccional. Obviamente, la causa del laudo transaccional es el mero acuerdo de las partes que recoge el laudo, y no se precisa más mención que dicho acuerdo, que es el motivo único del laudo. La interpretación inversa, sin embargo, no es posible. Algunos sistemas jurídicos (art. 52.4 LA Andorra; art. 37.4 LA España; art. 44.2 LA Hungría; § 36 LA Noruega) solo contemplan la excepción a la obligación de motivación del laudo en caso de laudo transaccional, pero no así por acuerdo de las partes. Esta opción tiene pleno sentido, si se tiene en cuenta que la transacción, necesariamente posterior al nacimiento del litigio, no plantea duda alguna acerca de la integridad de la renuncia de las partes a una condición procesal que pone en juego sus garantías procesales si se realiza mediante un acuerdo tácito, o expreso en un acuerdo arbitral que puede estar contenido en un contrato de adhesión o que es en todo caso anterior al nacimiento del litigio.

No obstante, la rigidez de estos sistemas puede considerarse excesiva, en la medida en que no admitan una renuncia a la motivación en un acuerdo entre las partes posterior al inicio del arbitraje, por ejemplo en el acta de misión.

## 2. Control de la motivación del laudo arbitral

La obligación de motivación del laudo puede convertirse en una regla incompleta si no lleva aparejada sanción alguna. En la mayoría de los sistemas normativos en materia de arbitraje comercial internacional esta sanción al menos no es explícita, pues no aparece específicamente entre los mecanismos de control del laudo arbitral, tanto institucional (control y aprobación interna del laudo) como judicial (anulación y denegación del reconocimiento y ejecución). Debe tenerse en cuenta que ni la Ley Modelo de la CNUDMI ni el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, los dos grandes instrumentos de armonización internacional del arbitraje comercial internacional, contemplan causales específicas de

anulación o denegación del reconocimiento vinculadas directamente a la ausencia de motivación del laudo. No existe, pues, un estándar internacional acerca de si la ausencia de motivación proporciona un motivo de anulación del laudo, y la doctrina y la jurisprudencia en los diferentes sistemas mantienen posiciones diversas<sup>84</sup>.

Es paradigmática, en este sentido, la regulación del CPC francés, que en materia de arbitraje comercial internacional recoge la obligación de motivación del laudo contemplada en el artículo 1482, pero al mismo tiempo excluye del arbitraje internacional la aplicación del artículo 1.483, que establece como causa de nulidad del laudo la ausencia de motivación, únicamente aplicable al arbitraje interno. Por el contrario, en los sistemas que siguen el modelo inglés, la ausencia de motivación del laudo habilita un mecanismo judicial de devolución si se plantea un recurso de apelación o una apelación sobre aspectos jurídicos (*appeal on point of law*), regulados en los arts. 67 a 69 LA Inglaterra<sup>85</sup>. En estos procedimientos, el art. 70 (4) de la Ley establece que si el tribunal estima que el laudo no contiene motivación o no expone

las razones del fallo con suficiente detalle como para permitir al tribunal decidir con propiedad sobre el recurso, puede devolver el laudo a los árbitros con la orden de detallar su motivación. Una regla similar puede hallarse en otras legislaciones tributarias del sistema inglés (*ad ex.* art. 42.3 LA Malasia; art. 26A LA Paquistán).

En otros sistemas, también aparece una causal específica de anulación o no reconocimiento de un laudo arbitral extranjero vinculada a la ausencia de motivación o a la presencia de una motivación defectuosa. Se hace referencia en estos casos a un laudo no motivado (art. 26 del Acta Uniforme sobre Derecho del Arbitraje de la OHADA<sup>86</sup>; art. 1721.a.iv CJ Bélgica; art. 1065 1 d) CPC Países Bajos); no motivado o con motivos contradictorios (art. 1056.5 CPC Argelia; art. 1244.8 y 9 CPC Luxemburgo); incomprendible o contradictorio (art. 897.7 CPC Grecia); ambiguo, incierto o contradictorio (art. 769.4 CPC Libia). En el caso del reconocimiento de decisiones, la ausencia de motivación se limita en ocasiones a aquellos casos en que venga exigida por la ley aplicable al procedimiento arbitral (*ad ex.*, art. 1721.a.iv CJ

Bélgica). Finalmente, algunas legislaciones habilitan la causal específica de manera indirecta, al prever la anulación por no respetar las reglas sobre “forma” del laudo, entre las que se encuentra la obligación de hacer constar la motivación [Secc. 68.2 h) LA Inglaterra; art. 829.5 CPC Italia; art. 769.5 CPC Libia; art. 90 (2) (h) LA Bahamas; sec. 63.2 h) LA Guernsey; art. 26.1 d) LA Santo Tomé y Príncipe].

Son muchos más, sin embargo, los sistemas que no contemplan una causal específica para controlar la motivación el laudo arbitral. En estos casos, tal control se realiza a partir de causales inespecíficas de anulación del laudo. La primera de ellas, por falta de cumplimiento por los árbitros de la misión encomendada. La procedencia de la nulidad está fuera de duda cuando la obligación de motivar el laudo arbitral ha sido expresada por las partes, generalmente en el propio acuerdo de arbitraje o en el acta de misión. Más dudas suscita si se trata de determinar un requerimiento tácito de las partes, por el hecho de haber elegido un reglamento arbitral o una *lex arbitri* (incluso indirectamente a partir de la designación de la sede arbitral). Como

se ha dicho, la gran mayoría de normativas reglamentarias y leyes arbitrales nacionales requieren, con más o menos excepciones, la motivación del laudo arbitral. En consecuencia, admitir el mandato tácito de las partes implicaría que, en la mayoría de los casos, se abriría la posibilidad de anular el laudo arbitral por no haberse respetado debidamente el mandato realizado por las partes a los árbitros. Esta fue la conclusión de la sentencia de la *Cour d'Appel de Paris* en su sentencia de 15 de mayo de 1997 (*Sermi et Hennion v. Ortec*)<sup>87</sup>.

Una vía paralela de control del laudo inmotivado podría articularse sobre la base de la omisión de las reglas sobre el procedimiento arbitral establecido por las partes directamente<sup>88</sup> o a través de la jurisdicción primaria o *lex arbitri*, en la medida en que estas reglas exigen la motivación del laudo<sup>89</sup>. Debe notarse que esta posibilidad es más amplia en la medida en que hace posible tener en cuenta la motivación requerida por una *lex arbitri* que puede no haber sido elegida ni designada por las partes, sino a través, por ejemplo, de la designación de una sede arbitral por la institución administradora.

Con todo, la vinculación de la exigencia de motivación del laudo a los imperativos de un proceso debido, respetuoso con los derechos de defensa y la tutela arbitral efectiva, explica que tanto la nulidad como el no reconocimiento de los laudos arbitrales inmotivados se ampare generalmente en la causal reservada a la garantía de los derechos procesales u orden público procesal. A menudo, el mismo control se ha sustentado en el respeto al orden público sustantivo, especialmente en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones (art. V.2º Convenio de Nueva York)<sup>90</sup>. La posibilidad de recurso no abarca la revisión de un laudo erróneamente motivado. Como es bien sabido, las causas de anulación o de denegación de reconocimiento de un laudo arbitral son tasadas e impiden en todo caso una revisión de fondo de los razonamientos o fundamentos jurídicos de la decisión. La anulación o denegación de reconocimiento únicamente está indicada cuando la falta de fundamentos fácticos o jurídicos de la decisión aboca a la parte afectada a una indefensión. Un laudo mal motivado no es un laudo no motivado. En consecuencia, es preciso aplicar a la exigencia de motivación

los cánones de inconstitucionalidad que informan el principio de tutela judicial efectiva por lo que se refiere a la exigencia de motivación de las decisiones.

En este sentido, la arbitrariedad o irrazonabilidad de un laudo afecta tanto a la ausencia de motivación fáctica como jurídica, pues los hechos son elementos igualmente necesarios para conocer y comprender los criterios jurídicos que fundamentan una decisión. Sin embargo, en algunos sistemas la falta de mención de los hechos o del debate acerca de su determinación no justifica la anulación o la denegación del reconocimiento por motivos de orden público internacional<sup>91</sup>. En cualquier caso, la arbitrariedad en la motivación no puede poner en cuestión la libre apreciación de la prueba por parte del árbitro, ni tampoco se le exige señalar por qué motivos ha dado mayor importancia a una prueba que a otra<sup>92</sup>. Tampoco pone en entredicho la motivación fáctica el hecho de que el árbitro haya desestimado la admisión de una determinada prueba<sup>93</sup>. Pero es posible concluir la arbitrariedad, por ejemplo, si el laudo omite toda referencia o valoración de pruebas

aportadas por una parte y que contradicen los hechos admitidos como probados<sup>94</sup>.

La vulneración de los derechos de defensa puede igualmente vincularse a la ausencia de fundamentos de Derecho del laudo arbitral. La ausencia de motivación *stricto sensu* puede justificar la anulación si implica una vulneración del mandato de las partes, como ya se ha visto. Pero en la medida en que la motivación es disponible por las partes, su mera ausencia no contradice en la mayoría de los sistemas un principio de orden público procesal de alcance internacional o transnacional. Es necesario que la ausencia de motivación implique de alguna forma una indefensión *de facto* de una de las partes. La motivación, se suele señalar, debe ser suficiente y adecuada al objeto del litigio, inteligible y no contradictoria. Una motivación absurda, grosera o disparatada no es motivación. Ciertamente, existe una zona oscura entre la irrazonabilidad o arbitrariedad y la incorrección. El carácter arbitrario debe resultar *prima facie* de la motivación expuesta en el laudo. Un laudo incorrecto puede no ser absurdo, en la medida en que los argumentos construyan la *ratio dicendi*

con una mínima lógica, de manera que permitan una argumentación o debate *a contrario*. Tampoco es necesario que la motivación sea exhaustiva, sino que puede ser sumaria y sintética, siempre que permita conocer esencialmente la *ratio dicendi* de los árbitros y descartar que los argumentos esenciales de las partes no hayan sido omitidos<sup>95</sup>. Debe permitir que las partes conozcan las principales razones de la decisión de forma que puedan apreciar las posibilidades de recurso, pero el árbitro no tiene por qué dar cuenta de todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes, particularmente si no son pertinentes para la solución de la controversia<sup>96</sup>. También es discutido el alcance de una motivación contradictoria: una leve contradicción en los motivos no puede considerarse como una vulneración de la exigencia de motivación, mientras que una contradicción flagrante, al menos sobre los motivos que amparan la parte dispositiva del laudo, que impida conocer en realidad su *ratio dicendi*, equivale a una motivación carente de racionalidad o arbitraria, en la medida en que resulta incomprensible. Finalmente, la posibilidad de invocar, como causa de anulación del laudo, una vulneración del

principio de contradicción cuando el laudo incorpora en su motivación argumentos y fundamentos jurídicos no invocados por las partes o sobre los que no tuvieron ocasión de debatir es una cuestión especialmente controvertida. En principio, el árbitro no tiene por qué motivar su laudo en los planteamientos o interpretaciones jurídicas de las partes, pero no puede introducir en el laudo, de forma sorpresiva, una ley aplicable sobre la que las partes no han podido debatir<sup>97</sup>.

## V. Arbitraje e intervención judicial

### 1. Intervención de apoyo

Los sistemas jurídicos proclives al arbitraje comercial internacional se orientan hacia un principio de mínima intervención judicial. Este principio, sin embargo, es más evidente en la intervención judicial de control que en la de apoyo del arbitraje. En este ámbito, de hecho, los sistemas arbitrales se decantan más bien por dos tendencias opuestas: la primera partiría de un sistema de cooperación tasada o mínima, que es la que vendría a representar el art. 5 de la Ley Modelo. El carácter

restrictivo de esta formulación requiere la motivación de la intervención de apoyo en una excepción legal, tasada y definida. En contrapartida, otros sistemas diseñan un modelo abierto de intervención de apoyo, que no restringe ni tasa la eventual intervención jurisdiccional (art. 185 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado) o que abre a las partes criterios particularmente generosos de acceso al apoyo jurisdiccional<sup>98</sup>.

---

“Los sistemas jurídicos proclives al arbitraje comercial internacional se orientan hacia un principio de mínima intervención judicial. Este principio, sin embargo, es más evidente en la intervención judicial de control que en la de apoyo del arbitraje.”

---

### A) Constitución del tribunal arbitral

La constitución del tribunal arbitral es un primer ámbito característico de la intervención judicial

de apoyo. Generalmente, el arbitraje administrado proporciona sus propias soluciones acerca del nombramiento de los árbitros y de la constitución del tribunal arbitral, al margen de los órganos jurisdiccionales. En el arbitraje *ad hoc*, es más frecuente que puedan producirse situaciones de bloqueo, que requieran medidas específicas de apoyo jurisdiccional, como se prevé, por ejemplo, en el art. 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI o en el art. VI y Anexo del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. Si el tribunal arbitral se constituye, el principio de mínima intervención hace innecesario acudir al juez de apoyo para dicha constitución, pero desaconseja asimismo acudir a dicho juez para impugnarla, de manera que las partes únicamente podrían hacer valer sus argumentos contra la constitución de dicho tribunal en las fases de control (anulación y oposición al reconocimiento y ejecución del laudo).

El principio señalado, sin embargo, no es unánimemente compartido por todos los sistemas jurídicos por lo que respecta fundamentalmente a los mecanismos de recusación de

los árbitros. En el arbitraje institucional, generalmente los reglamentos de arbitraje tienden a suministrar procesos de recusación asimismo administrados por la propia institución, de forma que una vez resuelto el incidente confirmando a un árbitro, las partes podrán oponerse a esta decisión únicamente en la fase de control del laudo. En el arbitraje *ab hoc*, en cambio, la regla puede ser muy diferente. Algunos sistemas, como el español (art. 18.3º LAE), respetan la formulación óptima del principio de mínima intervención, encomendando al propio tribunal arbitral la admisión o rechazo de la recusación. Si el tribunal rechaza la recusación, la parte afectada únicamente podrá hacer valer sus argumentos en la fase de control del laudo (anulación u oposición al reconocimiento y ejecución del laudo).

Al contrario, otros sistemas prevén la intervención de los órganos jurisdiccionales de apoyo durante el arbitraje, bien permitiendo un recurso contra la desestimación de la recusación por el tribunal arbitral (*ad ex.* sección 10 de la Ley sueca de arbitraje), bien atribuyendo la competencia para resolver la recusación, en defecto de institución

administradora, directamente a los jueces de apoyo y no al tribunal arbitral (art. 1.456.3º CPC francés). Razones de seguridad jurídica y economía procesal pueden amparar esta solución y defender su conveniencia sin merma del principio de mínima intervención, al garantizar la celeridad de la intervención. La razón fundamental para defender la compatibilidad de esta intervención judicial en apoyo del arbitraje se encuentra, empero, en los efectos que produce en la limitación de la intervención judicial de control. En efecto, debe tenerse en cuenta que la decisión del juez de apoyo francés desestimando la recusación, incluso por motivos de su mera extemporaneidad, produce efectos de cosa juzgada, por lo que no podrá ya ser invocada como motivo de anulación o denegación de la ejecución durante la fase de control del laudo (Sentencias de la *Cour d'appel* de París de 15 de octubre de 2013<sup>99</sup> y de 14 de octubre de 2014<sup>100</sup>).

Un elemento que con más claridad ayuda a perfilar el verdadero alcance del principio de mínima intervención en el arbitraje comercial internacional en relación con la constitución del tribunal arbitral emerge de las condiciones bajo

las que el juez de apoyo procede a desbloquear el nombramiento de árbitros. En algunos sistemas, la formulación óptima del principio se mantiene, desde el momento en que el nombramiento se produce sin control alguno de la validez o eficacia del acuerdo arbitral (art. 1.027.4º CPC holandés). En la mayoría de los sistemas, sin embargo, existe un control incidental de la eficacia del convenio arbitral. En el sistema francés, dicho control obedece a un modelo de *cognitio* limitada, que únicamente se activa cuando el acuerdo arbitral es “manifiestamente” nulo o inaplicable (art. 1.455 CPC)<sup>101</sup>. Esta *cognitio* limitada implica que la ineficacia de la cláusula debe resultar evidente, generalmente porque no ha sido suscrita por una de las partes. Como el error manifiesto, la ineficacia o inaplicabilidad manifiesta no necesita interpretación: salta a la vista como un hecho que no requiere mayor motivación que la pura evidencia, ni admite discusión, al ser “incontestable” (sentencia del *Tribunal de Grand Instance* de París de 30 de junio de 1988<sup>102</sup>). Otros sistemas condicionan el apoyo a una constatación más profunda (*cognitio plena*) de la validez del acuerdo arbitral.

## B) Medidas cautelares

La intervención judicial en materia de adopción de medidas cautelares admite asimismo una gran diversidad de opciones. En determinados sistemas (los menos) se trata de una competencia exclusiva de los jueces (art. 818 CPC italiano o art. 889 CPC griego)<sup>103</sup>; en otros, la competencia recae en los árbitros y, solo subsidiariamente, en los jueces (*ad ex.* secc. 44 (5) de La Ley inglesa de Arbitraje de 1996]. A este planteamiento responde *ab initio* el sistema francés, en la medida en que los jueces únicamente están habilitados a adoptar medidas cautelares *ante causam* (art. 1.449 CPC), esto es, antes de que se constituya el tribunal arbitral y, en consecuencia, pueda adoptar él mismo tales medidas, si bien se exceptúan las medidas cautelares destinadas a garantizar la ejecución de la sentencia (art. 1.468 CPC), tales como el embargo preventivo de bienes o la exigencia de caución o garantía para la ejecución<sup>104</sup>. Finalmente, muchos otros sistemas jurídicos parecen compadecerse de forma más débil con el principio de mínima intervención judicial, al formular la competencia cautelar de jueces y árbitros de forma

concurrente (art. 9 de la Ley Modelo CNUDMI, art. IV.4° del Convenio de Ginebra, arts. 11.3° y 23 LA). La concurrencia implica riesgo de contradicción entre las medidas y suscita la clásica cuestión de en qué medida un tribunal arbitral puede modificar la medida cautelar adoptada por el juez de apoyo, y viceversa.

## C) Notificación de actos y obtención de pruebas

El apoyo judicial al procedimiento arbitral es más que deseable para realizar actos procesales de obtención de pruebas y, en menor medida, actos procesales de notificación. En efecto, el arbitraje internacional permite utilizar medios de notificación privada a las partes, por lo que rara vez resulta necesario el recurso a mecanismo de auxilio judicial internacional para llevar a cabo notificaciones. En determinados casos, cuando el domicilio del demandado se encuentra fuera del ámbito territorial de la sede arbitral, puede ser aconsejable que se utilicen vías de notificación fehacientes, que aconsejarían el recurso a autoridades públicas del país en que debe realizarse la notificación.

Con más frecuencia, el auxilio judicial puede ser necesario para la obtención de pruebas, ya se trate de obtener documentos o pruebas en manos de terceros (*ad ex.* art. 1.469 CPC francés) o de realizar actos de instrucción o de practicar pruebas periciales, oculares o testificales. Cuando dichas pruebas deban obtenerse o practicarse en el lugar en que se desarrolla el procedimiento arbitral, el recurso a las autoridades de la sede no suscita mayores problemas. Sin embargo, en el arbitraje comercial internacional es muy habitual que los árbitros precisen la intervención de autoridades judiciales de países distintos a los de la sede arbitral.

Tanto los Reglamentos europeos<sup>105</sup> como los convenios de la Conferencia de La Haya<sup>106</sup> limitan su aplicación a la asistencia internacional vinculada a procedimientos jurisdiccionales y solicitada por órganos jurisdiccionales o autoridades públicas. En consecuencia, la posibilidad de utilizar estos mecanismos de auxilio judicial internacional es puramente indirecta, pues exige la intervención del juez de apoyo correspondiente a la sede arbitral, a quien se cursará la solicitud de asistencia para la obtención

de una prueba o la práctica de un acto de instrucción y que, a su vez, procederá como autoridad judicial a poner en marcha el mecanismo de auxilio judicial internacional por las autoridades de otro Estado. La aplicación de los textos internacionales exige interpretar que los procedimientos jurisdiccionales de auxilio del arbitraje no se hallan excluidos de su ámbito de aplicación, afirmación a nuestro juicio razonable, pero que se ha puesto en duda por algunos autores<sup>107</sup>.

El inconveniente que supone este mecanismo complejo para la agilidad y el buen fin del procedimiento arbitral apunta a la necesidad de reforzar en este caso la intervención judicial, a través de una doble vía. Por un lado, mediante la elaboración de un convenio internacional que complemente al Convenio de Nueva York de 1958 y al Convenio de Ginebra de 1961, estableciendo mecanismos internacionales de auxilio judicial a los procedimientos arbitrales, de forma que los árbitros que actúen en eventuales Estados parte de este nuevo convenio puedan cursar directamente solicitudes de apoyo judicial a órganos jurisdiccionales situados en Estados diferentes al de la sede arbitral. En

defecto de solución convencional, o hasta que dicha solución sea efectiva, resulta aconsejable que las legislaciones arbitrales nacionales o las normas sobre asistencia internacional contemplen mecanismos que faciliten dicho acceso a las partes o a los tribunales arbitrales que han entablado una controversia en una sede ajena al territorio de dichos Estados, en que la medida de instrucción o prueba deba adoptarse, como ocurre en Alemania, Inglaterra o Suecia pero no en otras latitudes, como Suiza (art. 184.2 de la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987)<sup>108</sup>.

#### D) Reconocimiento y ejecución de laudos

En principio, el reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero (o considerados extranjeros aunque se hayan dictado en el Estado requerido) constituye una manifestación del auxilio o cooperación judicial internacional en apoyo de la eficacia internacional de los procedimientos arbitrales. La amplia aceptación y vigencia de la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias

arbitrales extranjeras podría conducir a la falsa creencia en la existencia de una armonización internacional del procedimiento y de las condiciones de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Al contrario, en esta materia el Derecho comparado suministra diferencias marcadas, que permiten asignar grados muy diversos en la aplicación del principio de mínima intervención judicial en este ámbito a sistemas nacionales que comparten la aplicación, incluso *erga omnes*, del texto convencional. La razón no es otra que el principio de *favor recognitionis* amparado en el artículo VII del propio Convenio, que admite la sustitución de las reglas del Convenio, y en particular las que se refieren al alcance de sus condiciones, por las reglas vigentes en el sistema jurídico del Estado requerido que puedan resultar más favorables al reconocimiento. Cuanto más característica e intensa es dicha sustitución, más se acentúa y optimiza el principio de mínima intervención judicial. Y tales diferencias afectan a la mayor parte de las causales de la Convención de Nueva York. Ya se han señalado las diversidades existentes a la hora de evaluar la validez del acuerdo arbitral. Tales divergencias

se reproducen al considerar el orden público procesal, la adecuación por los árbitros a la misión encomendada, el respeto a las normas procedimentales y, sobre todo, los efectos de los laudos anulados en la sede de origen o jurisdicción<sup>109</sup>, la arbitrabilidad y el orden público sustantivo.

#### 2. Intervención de control

##### A) Control del acuerdo arbitral e integridad del procedimiento arbitral

El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje se formula esencialmente en relación con los mecanismos de control judicial del procedimiento arbitral. Desde este punto de vista, el principio requiere el máximo respeto posible de la integridad de los procedimientos arbitrales y se manifiesta, en primer lugar, a través de la primacía del arbitraje sobre la solución judicial de la controversia contemplada en el acuerdo arbitral. Dicha primacía, formulada en el artículo II.3 del Convenio de Nueva York, implica la inhibición de los órganos jurisdiccionales en favor de la solución arbitral cuando así se suscite, ya sea

con carácter principal o de forma incidental a través de la excepción de arbitraje.

---

“En principio, el reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero constituye una manifestación del auxilio o cooperación judicial internacional en apoyo de la eficacia internacional de los procedimientos arbitrales.”

---

La prevalencia e integridad del procedimiento arbitral sobre la intervención jurisdiccional se muestra de forma diversa según que el procedimiento arbitral se haya iniciado o no. Cuando el procedimiento arbitral aún no ha comenzado, la inhibición de los órganos jurisdiccionales se fundamenta propiamente en los efectos negativos de la convención de arbitraje. En tales casos, los jueces deben evaluar la validez y eficacia de la cláusula antes de declinar su competencia y las condiciones de dicho análisis perfilan el verdadero alcance de principio de mínima intervención judicial. Al

igual que señalábamos en relación con la constitución del tribunal arbitral, se contraponen dos modelos fundamentales: el más extendido en este punto parece apuntar a un sistema de *cognitio plena* (arts. II.3 del Convenio de Nueva York o art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDCI): a instancia de parte, corresponde al juez analizar de forma sistemática los requisitos de validez formal y sustancial de la cláusula. Dicho control, sin embargo, aparece atenuado en sistemas, como el francés, que optimizan el principio de mínima intervención a través de un control o sistema de *cognitio limitada*, que únicamente permite desestimar la excepción de arbitraje en aquellos casos en que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o ineficaz, es decir, si la ineficacia de la cláusula resulta *prima facie* evidente en el sentido señalado más arriba. Esta doctrina, claramente establecida en la sentencia de la *Cour de Cassation* de 7 de junio de 2006 en el asunto *Jules Verne* se expresa hoy, tras la reforma de 2011, en el artículo 1.448 del CPC francés.

En el caso de un arbitraje ya iniciado, el planteamiento de una demanda jurisdiccional puede modificar la perspectiva del problema. Por una

parte, es dable que exista la tentación de contemplar el caso como una cuestión de litispendencia, aplicando por analogía las reglas de litispendencia interna, que puede beneficiar la competencia judicial frente a la arbitral, por el mero hecho de la prioridad temporal en la presentación de la demanda. Evidentemente, este planteamiento es erróneo, pues si existe una convención de arbitraje eficaz no puede haber litispendencia, pues no solo el órgano jurisdiccional resulta incompetente en virtud de la convención de arbitraje, sino que el pronunciamiento sobre la competencia del tribunal arbitral depende de los propios árbitros en virtud del principio competencia-competencia. Dicho en otros términos, cuando el arbitraje ya se ha iniciado, la integridad del procedimiento arbitral y la no intervención judicial viene impuesta por los efectos negativos del principio competencia-competencia, más que por los efectos negativos propiamente dichos del convenio arbitral. Por ello, los sistemas más respetuosos con el principio de no intervención judicial excluyen cualquier posibilidad de control o *cognitio* por parte de los órganos jurisdiccionales (artículo 1.448 CPC francés, art. 817

CPC Italiano, artículo VI.3° del Convenio de Ginebra de 1961). La intervención, por tanto, solo puede producirse por la vía de control en la anulación o en el reconocimiento y ejecución del laudo, una vez terminado el procedimiento arbitral. Queda descartado el riesgo de procedimientos paralelos.

La mayoría de los sistemas, sin embargo, únicamente contemplan este efecto negativo pleno frente a las acciones que impugnen con carácter principal la validez del acuerdo y del procedimiento arbitral<sup>110</sup>. Al contrario, cuando una de las partes interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional y se plantea por la otra parte la declinatoria o la excepción de arbitraje, los órganos jurisdiccionales proceden a controlar la validez del acuerdo arbitral, aun cuando el tribunal arbitral esté constituido y el procedimiento arbitral, en marcha. Ciertamente, semejante control debería estar, cuando menos, restringido a una *cognitio limitada* en caso de manifiesta nulidad o ineficacia *prima facie* del acuerdo arbitral. Así parece sugerirlo la Sent. del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002<sup>111</sup> dentro del sistema español, o la jurisprudencia suiza si el procedimiento arbitral tiene

su sede en Suiza, pero no cuando se desarrolla en el extranjero, en cuyo caso la *cognitio* es plena<sup>112</sup>.

En todo caso, como hemos señalado, en el caso de arbitraje ya iniciado el principio de mínima intervención judicial, unido al principio competencia-competencia, lo que recomienda es en realidad la admisión de la excepción de arbitraje sin control alguno de la eficacia de la cláusula, que será en su caso objeto de invocación por las partes en el procedimiento de anulación o de reconocimiento y ejecución del laudo.

## B) Control de la arbitrabilidad

El control de las materias susceptibles de arbitraje es parte esencial de la intervención judicial de control. Desde el punto de vista de la integridad del procedimiento arbitral, el principio de mínima intervención judicial implica rechazar la excepción de arbitraje y favorecer la inhibición del conocimiento por los órganos jurisdiccionales en un ámbito cada vez más amplio de materias, sobre la base de una interpretación extensa de los criterios de “libre disposición” o “carácter comercial o económico” de la controversia.

Dentro de esta tendencia, sin embargo, un aspecto particularmente sensible en el ámbito del arbitraje comercial internacional hace referencia al modo de resolver las relaciones entre la arbitrabilidad y los foros de competencia judicial internacional exclusiva contemplados en las normas de Derecho procesal civil internacional. Aunque los intereses públicos sean el fundamento de los denominados foros de competencia judicial internacional exclusiva, es un lugar común que dichas competencias exclusivas no impiden la sumisión a arbitraje en la medida que se trate de cuestiones que las partes puedan resolver mediante transacción<sup>113</sup>. Así, algunas cuestiones societarias son susceptibles de arbitraje, tales como la impugnación por los socios de un acuerdo de los órganos de la sociedad o incluso las referidas a una disolución convencional de una sociedad. En contrapartida, otras como la intervención de una sociedad por fraude o su liquidación forzosa pueden implicar la exclusión de la solución arbitral. Este criterio, en realidad, se ajusta bien al principio de mínima intervención judicial, pues el carácter exclusivo o no de la competencia judicial no añade ni quita nada específicamente a la noción de materias arbitrables.

### C) Recurso de anulación

La anulación del laudo es sin duda el supuesto paradigmático de intervención judicial de control. El principio de mínima intervención judicial se formula de tal forma, y no como un principio de evicción de toda intervención judicial, porque prácticamente todos los sistemas, incluyendo el modelo institucional del CIADI, establece de una forma u otra algún mecanismo de control jurisdiccional del laudo capaz de concluir con su anulación.

El principio de mínima intervención judicial se perfila en este ámbito en virtud no solo del alcance de las condiciones tasadas que facultan el recurso de las partes, sino también de la concepción del procedimiento de anulación: número de instancias, plazos, suspensión de la ejecución, decisiones susceptibles de anulación, etc. También resultan relevantes las opciones sobre el contenido del fallo. Algunos sistemas no solo contemplan la posibilidad de confirmación o anulación total o parcial, sino que permiten la remisión del laudo al tribunal arbitral para su corrección o incluso la modificación del laudo por el propio órgano jurisdiccional

(*ad ex.* art. 67 de la *Arbitration Act* inglesa). Todos estos elementos, y por supuesto el alcance de las condiciones, permitirán calificar un determinado proceso de anulación como más o menos intervencionista.

Es frecuente, en todo caso, un tratamiento diferencial del recurso según que el laudo sea interno o internacional. Esta distinción resulta más difícil en un sistema unitario, como el español, y constituye uno de los argumentos en favor de un sistema dualista de reglamentación del arbitraje. Así, en el Derecho francés, las condiciones de anulación son diversas para los laudos internos (1.492 CPC) y para los laudos internacionales (1.520 CPC), siendo menos gravosas para los segundos. En segundo término, mientras que el recurso de anulación suspende la ejecución del laudo interno, no lo hace respecto del laudo internacional (artículos 1.496 y 1.526 CPC); por último, la renuncia al recurso de anulación solo se contempla en los arbitrajes internacionales, pero no así en los arbitrajes internos (1.522 CPC).

La competencia judicial internacional para el recurso de anulación tiene menos importancia, desde el punto de vista del principio que se analiza.

Con todo, la posibilidad de elección del fuero de anulación por las partes no cabe duda de que permitiría de alguna forma reducir el grado de intervención jurisdiccional. En Francia, la “anacionalidad” del arbitraje y la “flotabilidad” del laudo han permitido que se admita la posibilidad de que las partes elijan como foro de anulación los tribunales de un Estado distinto al de la sede<sup>114</sup>. Como posibilidad alternativa, la elección del fuero de la anulación viene a confirmar una tendencia clara a la minimización del papel de la sede arbitral, pero en realidad no minimiza la intervención judicial, sino que más bien la diversifica. Para que dicho foro sirviera al principio de mínima intervención judicial haría falta que dicha posibilidad competencial no fuera solo alternativa a la posibilidad de anulación ante los tribunales de la sede del arbitraje, sino excluyente o derogatoria como sugiere la *Cour d’appel* de París. Parece claro que los sistemas jurídicos, al menos los distintos al francés, están tan dispuestos a renunciar a su competencia de control en la anulación de los laudos dictados en su territorio como lo están los tribunales franceses a reconocer los efectos de la anulación de los laudos arbitrales por los tribunales de la sede arbitral.

<sup>1</sup> Este estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de Excelencia DER2017-82441-P (Arbitraje y comercio internacional: un estudio de Derecho comparado) financiado por la Convocatoria 2017 de la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España.

<sup>2</sup> *ad ex.* artículos 81.1 del Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías; 7.3.5 (3) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales; 9:305 (2) de los Principios de Derecho Contractual Europeo; III.-3:509 (2) Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) en Europa; 7.3.4 (2) de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales).

<sup>3</sup> Art. 4 AUA: «*La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique.*».

<sup>4</sup> *Vid.* las reflexiones al respecto en *Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 231-232.

<sup>5</sup> *Vid.* C. Blanchin, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, LGDJ, 1995, p. 24.

<sup>6</sup> La circunscripción del principio al Derecho del arbitraje internacional propiamente francés ya había sido señalada por la sentencia de la *Cour de Cassation* de 30 de marzo de 2004 en el asunto *Unikod* (*Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 961).

<sup>7</sup> La sentencia de la *Cour de Cassation* de 30 de marzo de 2004 en el asunto *Unikod* sugiere un límite conflictual en la hipótesis, ciertamente extraña, de que las partes hayan elegido una ley aplicable a la validez de la cláusula compromisoria. Como señalan C. Seraglini y J. Ortscheidt si la aproximación material se basa en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, es difícil no reconocer el derecho de las partes a autolimitar o regular su voluntad sometiendo la propia validez de la cláusula compromisoria a la ley estatal que estimen pertinente (*vid. Droit de l'arbitrage interne et international*, París, Montchrestien, 2013, pp. 494-496).

<sup>8</sup> *Vid.* en especial, las apreciaciones críticas de C. Seraglini y J. Ortscheidt, *op.cit.*, pp. 496-501.

<sup>9</sup> *Vid.* A. M. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 2012, pp. 108-109.

<sup>10</sup> Los textos legales se refieren a cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor.

<sup>11</sup> La sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 9 de noviembre de 1993, en el asunto *Bomar Oil* (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vio. XX, 1995, p. 660) ya había sintetizado las condiciones para que una cláusula compromisoria incluida en unas condiciones generales de la contratación fuera válida formalmente: basta con que el contrato principal haya incluido una referencia a dichas condiciones generales (*relatio imperfecta*), que dicho documento o formulario sea accesible por la otra parte en el momento de contratar de forma que pudiera conocer su contenido, y que no haya formulado entonces objeción alguna a la incorporación de dicha cláusula (*vid.* D. Di Pietro, "Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference", *Enforcement of Arbitration Agreements and International Ar-*

*bitral Awards: The New York Convention in Practice*, Londres, Cameron May Ltd, 2008, p. 357. En términos parecidos, el artículo 4.II LA Colombia establece que "[l]a cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere". La misma limitación se observa en el art. 5.II LA Ecuador, si bien esta regla debe entenderse referida, propiamente, a compromisos arbitrales que se pactan al margen del contrato. En el caso de las incorporaciones por referencia, la cláusula compromisoria consta en un documento separado, pero se pacta en el propio contrato, aunque por referencia. El art. 33 LA Honduras establece asimismo la presunción *iuris tantum* de la validez formal de la cláusula compromisorias en condiciones generales, y *iuris et de iure* si la cláusula es objeto de conocimiento público mediante la adecuada publicidad. Algunos sistemas son más exigentes con la necesidad de una referencia expresa a la cláusula compromisoria contenida en las condiciones generales (*relatio perfecta*). Dicha referencia ha sido requerida en asuntos como *Trygg Hansa Insurance v Equitas* [QB (Com) (1998) 2 Lloyd's Rep. 439] o *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri v Sometal Sal*(2010) EWHC 29 (Comm), en Inglaterra. Del mismo modo, el artículo 10.3 LA Guatemala establece que "[s]i el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: 'ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE'". El art. 15 LA Perú especifica: "1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria. 2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos: a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes. b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes. c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes".<sup>12</sup> *Vid.* N. Kaplan, "Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Out of Step with Commercial Practice?", *12 Arbitration International*, 1996, p. 27 ss. Para un debate sobre la superación de la exigencia por escrito del acuerdo de arbitraje, *vid.* G. Aguilar Alvarez, "Article II(2) of the New York Convention and the Courts", *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series n° 9, Kluwer Law International, 1999, pp. 67-81; G. Herrmann, "The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and Its Recognition by the Courts", *ICCA Congress Series*, núm. 6, 1993, p. 45 ss.; P. Sanders, *Quo Vadis Arbitration?*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 157 ss.; Blessing, M., "The Law Applicable to the Arbitration Clause", *ICAA Congress Series*, núm. 9, París, 1999, pp. 168-188.

<sup>13</sup> La ley de Arbitraje brasileña es ejemplar a la hora de mostrar esta distinción. Por una parte, el art. 4.1º LA Brasil reconoce que la cláusula compromisoria puede resultar incorporada al contrato por referencia. Sin embargo, su art. 4.2º limita la eficacia sustancial de esta referencia cuando se trata de contratos de adhesión, de la misma forma que si se incluyera específicamente en el cuerpo del contrato. Lo fundamental, pues, no es que la cláusula compromisoria figure por escrito, en el contrato o en un formulario de condiciones generales de la contratación, sino el hecho de si ha sido o no negociada individualmente. Si no lo ha sido, la cláusula solo es válida si la invoca el adherente o si acepta expresamente dicha cláusula por escrito en documento anexo o con texto en negrita, con aceptación específica de dicha cláusula. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur de 22 de agosto de 2001, *cit.* por J. C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, p. 667.

<sup>14</sup> Sentencia de la *Cour de Cassation (1 Ch. civ)* de 11 de octubre de 1989 (*Bomar Oil*), *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 134, nota de C. Kessedjian; sent. OG Basilea de 5 de julio de 1994 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXI (1996), p. 685; *The "Rena K"*, (1978) 1 Lloyd's Rep. p. 545.

<sup>15</sup> Un interesante tratamiento de las distintas opciones vinculadas a la referencia perfecta o imperfecta en condiciones generales se encuentra en el Laudo CCI núm. 7211 de 24 de septiembre de 2013 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXIX, 2014, p. 263).

<sup>16</sup> En el Derecho suizo, a la incorporación por referencia imperfecta se le suele aplicar la llama regla de la cláusula inusual o no habitual, que exige analizar la compatibilidad de la cláusula arbitral con lo que es usual o predecible en el comercio internacional (*vid.* D. Girsberger y N. Voser, *International Arbitration (Comparative and Swiss Perspectives)*, 3ª ed., Zürich, Schulthess, 2016, p. 95). En Francia, la sentencia *Bomar Oil* viene a admitir la referencia imperfecta "si existen entre las partes relaciones comerciales habituales que les garantizan un perfecto conocimiento de las estipulaciones escritas que rigen habitualmente sus relaciones comerciales"; no obstante, la jurisprudencia posterior viene a atenuar tal exigencia, permitiendo la aceptación tácita de las condiciones generales accesibles: sentencia de la *Cour de Cassation* de 20 de diciembre de 1994 (*Bomar Oil II*, *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 108); sentencia de la *Cour de Cassation* de 3 de junio de 1997 (*Prolexport*, *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 537).

<sup>17</sup> Dicha interpretación deberá hacerse conforme a los criterios propios de la ley aplicable al acuerdo arbitral. *Vid.* Por ejemplo Laudo CCI núm. 14667 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XL, 2015, p. 51). La Sentencia del TEDH núm. 1643/06 de 28 de octubre de 2010 (*Suda c. República Checa*) apunta más bien al principio de interpretación restrictiva en relación con el artículo 6 de la Convención Europea. Reconociendo la compatibilidad del arbitraje con dicho precepto, subraya como condición la necesidad de un control intenso de la existencia de un consentimiento libre, ilícito e "inequívoco": "el derecho a un tribunal reviste en efecto una máxima importancia en las sociedades democráticas como para que una persona pierda tal beneficio por el solo hecho de suscribir un acuerdo parajudicial"

<sup>18</sup> Por ejemplo, es el caso del Derecho alemán, en que los requisitos formales contemplados en el § 1031 ZPO se consideran imperativos si la sede es Alemania (*vid.* S. Balthasar, "§ 10: International Arbitration in Germany", *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 382. El art- 178.2 LFDIP Suiza se limita a determinar la ley aplicable a la validez sustancial del acuerdo de arbitraje, mientras que el art. 178.1 determina las condiciones materiales de validez formal, que resultan aplicables directamente cuando el arbitraje comercial internacional tiene su sede en Suiza. De ahí que haya sido calificada como una norma de Derecho internacional privado material o *Sachnorm* (*vid.* B. Berger y F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3ª ed., Berna, Stämpfli, 2015, pp. 106 y 138-144; E. Loquin, *L'arbitrage du commerce International*, Issy-les-Moulineaux, L'extenso, 2015, pp. 133-137). La aplicación de los criterios de validez de la ley del foro se establece asimismo expresamente en el art. 3 LA Portugal respecto de la validez formal (no sustancial) del acuerdo de arbitraje, extensible a la arbitrabilidad y la capacidad de los entes públicos. La misma solución se puede inferir implícitamente en otros muchos sistemas.

<sup>19</sup> Los árbitros no tienen propiamente *lex fori*, por lo que no solo no se ven compelidos a aplicar necesariamente las soluciones previstas en la legislación nacional de la ley de la sede para determinar la ley aplicable a la validez de la cláusula, que obligan al juez que resuelve una excepción de arbitraje, sino que tampoco deben aplicar los principios conflictuales previstos en caso de procesos de nulidad o reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, cuestiones que no les competen (*vid.* P. Bernardini, "Arbitration clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", *ICCA Congress Series*, n.º. 9, París, 1999, p. 200). Así, en el ámbito de la CCI, se entiende que los árbitros no están obligados a aplicar ninguna ley nacional para resolver la validez de la cláusula arbitral, con lo que se alinean con el criterio de la jurisprudencia francesa: *vid.* por ejemplo, Laudo final núm. 9302 de 1998 (*Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, Kluwer, 2009, p. 141); Laudo provisional núm. 9781 de 2000 (*Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, Kluwer, 2009, p. 273).

<sup>20</sup> *Vid.* sentencias de la *Cour de Cassation* en los asuntos *Hetch* (sentencia de 4 de julio de 1972) y *Dalico* (sentencia de 20 de diciembre de 1993). *Vid.* Sentencias de la *Cour de Cassation* de 7 de junio de 2006 (*Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 945, nota de E. Gaillard) y de 8 de julio de 2009 (*Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 529, nota de D. Cohen). Para más detalles, *vid.* C. Seraglini y J. Ortscheidt, *op.cit.*, pp. 488-501. La misma tendencia se observa en las secciones 6.b y 6.a FAA.

<sup>21</sup> La complejidad de las soluciones conflictuales ha sido invocada para defender una respuesta material en este sentido: *vid.* L. Graffi, "The Law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A Parctitioner View", *Conflict of Laws in International Arbitration (Franco Ferrari, Stefan Kröll eds.)*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 28-35.

<sup>22</sup> La aplicación de la *lex fori* es asimismo la solución prevista en el artículo 53.2 LAC Afganistán, y salvo excepciones [(*Perry v. Thomas*) 1987 482 U.S., n. 9], en la jurisprudencia norteamericana desde *Ledee v Ceramiche Regno* (1ª Circuit), 1982, 684 F.2d 184. *Vid.* L. Graffi, *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 49, nota 95ª. *Redfern and Hunter on International Arbitration*,

5ª ed., Oxford University Press, 2009, pp. 171-172. Vid. D. Lindsay y Y. Lahlou, “The Law Applicable to International Arbitration in New York”, *International Commercial Arbitration in New York*, 2ª ed., Oxford University Press, 2016, pp. 36-42.

<sup>23</sup> En Europa, la exclusión de esta materia del Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) conlleva la aplicación de las normas de conflicto domésticas, previstas bien en la legislación arbitral, bien en las reglas generales internas. Es el caso de Inglaterra, la ausencia de normas específicas en la LA Inglaterra conduce a la aplicación de la doctrina de la *proper law of the contract* [vid. M. Illmer, “§ 8: International Arbitration in England and Wales”, *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 307], doctrina que, por extensión, se encuentra en otras jurisdicciones, como India [vid. B. Steinbrück, “§ 12: International Arbitration in India”, *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 455].

<sup>24</sup> Vid. los datos que aporta G. A. Bermann, “International Arbitration and Private International Law”, *R. des C.*, t. 381 (2017), pp. 144-150, esp. nota 355ª.

<sup>25</sup> No faltan posturas contrarias, que defienden la conveniencia de unificar la ley aplicable al contrato y al acuerdo de arbitraje en defecto de elección por las partes y relativizan el alcance del principio de separabilidad en aras a soluciones simples y predecibles basada en la aplicación unitaria de la ley objetiva aplicable al contrato en que se inserta el acuerdo de arbitraje (vid. N. Grover, “Dilemma of the Proper Law of the Arbitration Agreement; an Approach Towards Unification of Applicable Laws”, 32 *Singapore Law Review*, 2014, pp. 227-256).

<sup>26</sup> Vid. G. A. Bermann, *op.cit.*, pp. 153-158. En el Derecho inglés, la regla de la *proper law* del acuerdo arbitral permite una mayor flexibilidad, si bien la sede arbitral, especialmente si se encuentra en Inglaterra, es el criterio determinante; pero otros factores, como el domicilio común de las partes, el lugar de celebración y ejecución del contrato, el idioma o incluso el lugar de ejecución del laudo puede ser tenidos en cuenta (vid. M. Illmer, *loc. cit.*, *op.cit.*, pp. 308-309; L. Collins, “The Law Governing the Agreement and Procedure in International Arbitration in England”, *Contemporary Problems in International Arbitration* (ed. J. D. M. Lew), Dordrecht, Springer, 1987, pp. 127-131). Lo mismo acontece, por extensión, en Singapur [vid. R. Seivaraj y T. K. Liang, “§ 15: International Arbitration in Singapore”, *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 548]. Se trata de una doctrina que permea otros territorios de a Commonwealth (*ad ex.* Sentencia de la High Court de Nairobi de 18 de diciembre de 2012, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XL, 2015, p. 449). Algunos autores mantienen que la flexibilidad del sistema inglés lo aproxima a algunos sistemas civilistas, como el suizo. Sin embargo, no parece que la mera coincidencia de conexiones, e incluso de su determinación, sea el elemento comparativo a tener en cuenta (vid. P. A. Karrer, “The Law Applicable to the Arbitration Agreement: A Civilian Discusses Switzerland’s Arbitration Law and Glances Across the Channel”, 26 *Singapore Academic of Law Journal*, 2014, pp. 849-873.), sino las relaciones que presentan estas conexiones entre sí, de forma alternativa (*in favorem validitatis*), como sería el caso de Suiza, o más bien subsidiarias o excluyentes en el caso de Inglaterra.

<sup>27</sup> Esta solución, como ya se señaló, es la preferente en el sistema inglés y en otros modelos relativamente cercanos, como el de Hong-Kong: *Löckner Pentaplast GmbH & Co. KG v Advance Technology (H.K.) Co. Ltd.*, 14 de julio de 2011, HCA 1526/2010, *cit.* por A. Lo, “§ 11: International Arbitration in Hong Kong”, *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 414, nota 34ª. También se aprecia en el Derecho holandés: vid. G. Fasfalis y M. Krestin, “§ 13: International Arbitration in the Netherlands”, *International Commercial Arbitration (A Handbook)*, Balthasar ed., Múnich, CH Beck, 2016, p. 483. En la jurisprudencia norteamericana se detecta asimismo, como se ha señalado, la preeminencia de la ley de la sede (*lex fori*) como ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral, incluso contra la ley elegida por las partes. Si la sede ha sido designada por las partes puede erigirse como un elemento asimismo determinante de una elección tácita. El problema subyace en aquellos casos en que la sede no se determina ni es determinable en el momento de concluirse el acuerdo arbitral, por lo que no solo es impredecible, sino que su determinación puede resultar relativamente aleatoria según el tipo de arbitraje y el sistema de determinación que resulte aplicado (Vid. E. Loquin, *op.cit.*, p. 130).

<sup>28</sup> Esta cuestión plantea comúnmente el problema de la extensión de la ley elegida para regir el contrato a la propia cláusula compromisoria, que no es pacífica en la doctrina, aunque se mantiene generalmente en la jurisprudencia (vid. J. F. Poudret y S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Ginebra, Schulthess, 2002, p. pp. 144-146 y 271-272; *Redfern and Hunter on International Arbitration*, *op.cit.*, pp. 166-168; A. M. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, Oxford University Press, 212, p. 103). Dicha extensión no parece vulnerar el principio de autonomía o de separabilidad de la cláusula, en la medida en que una elección tácita de la ley aplicable es igualmente posible, por lo que cabe extraer dicha extensión por vía de interpretación aun manteniendo la autonomía formal de la cláusula compromisoria. No obstante, como señala P. Nacimiento, debe aconsejarse a las partes que hagan una elección explícita de la ley aplicable al acuerdo arbitral para evitar problemas en el contexto del CNY (vid. “Article V (1) (a)”, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010, p. 225).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> En relación con el art 187 de la Ley Federal de Derecho 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.

<sup>31</sup> Vid. *Fouchard, Gaillard, Goldman...*, *op.cit.*, p. 785.

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> 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, *op.cit.*, pp. 605-606.

<sup>34</sup> *Ad. ex.* Laudo CCI n° 1.434/1975 (*Journ.dr.int.*, 1976, p. 978). 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” (*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).

<sup>35</sup> *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).

<sup>36</sup> *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.

<sup>37</sup> *Vid.* G. Gaja, “Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell’arbitrato internazionale”, *Rivista dell’arbitrato*, 1994, p. 436.

<sup>38</sup> *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.

<sup>39</sup> Laudos CCI núms. 8.501, 8502 y 8.503/1996.

<sup>40</sup> 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).

<sup>41</sup> 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 Siebr*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 879 y 881-883, esp. nota 38<sup>a</sup>). 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.

<sup>42</sup> 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).

<sup>43</sup> *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, *op.cit.*, 2013, pp. 802-803. Algún autor afirma no haberlo visto nunca (*cf.* C. Reymond, “Le droit applicable au fond dans l’arbitrage commercial 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, *op.cit.*, pp. 342-347.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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).

<sup>46</sup> En la terminología empleada por B. Hayward, se trata de una vía indirecta “restringida” (*op.cit.*, pp. 63-65).

<sup>47</sup> A diferencia de la estricta formulación de legislaciones como la alemana, 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, *op.cit.*, 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, *op.cit.*, p. 227.

<sup>48</sup> *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.

<sup>49</sup> *Vid.* B. Hayward, *op.cit.*, pp. 63-71.

<sup>50</sup> Por ejemplo, Laudo CCI núm. 16816 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XL, 2015, pp.236-293).

<sup>51</sup> 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* (2<sup>nd</sup> 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.

<sup>52</sup> *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.

<sup>53</sup> 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).

<sup>54</sup> *Vid.* J. Paulsson, “La *Lex Mercatoria* dans l’arbitrage CCI”, *Revue de l’arbitrage*, 1990, p. 58.

<sup>55</sup> El árbitro, como reconoce O. Lando, al aplicar la *Lex Mercatoria* en realidad “inventa” o “construye” una solución (*cf.* “The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”, *I.C.L.Q.*, vol. 34, 1985, pp. 752-753).

<sup>56</sup> *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).

<sup>57</sup> *Vid.* J. Wyncimer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer, 2012pp. 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.

<sup>58</sup> Laudo CCI núm. 3131/1979, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. IX, 1984, pp. 109 ss.

<sup>59</sup> *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.

<sup>60</sup> *Vid.* Fouchard, Gaillard, Goldman, *op.cit.*, pp. 797-799.

<sup>61</sup> *Vid.* S. Bollée, “L’impérativité du droit choisi par les parties devant l’arbitre International”, *Revue de l’arbitrage*, 2016/3, pp. 675-705.

<sup>62</sup> *Journ.dr.int.*, 1998, p. 1.017.

<sup>63</sup> Para una defensa de esta tesis, *vid.* Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001.

<sup>64</sup> Así, el Laudo CCI nº 12.127/2003 (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXI-II, 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.

<sup>65</sup> *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.

<sup>66</sup> *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.

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> *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.

<sup>69</sup> *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.

<sup>70</sup> 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, “Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration”, *R. des C.*, t. 289, 2001, p. 186).

<sup>71</sup> *Vid.* esta conclusión en H. Grigera Naón, H., *loc.cit.*, *op.cit.*, p. 327; 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), p. 440 y Ch. Seraglini, *Lois de police...*, *op.cit.*, pp. 483 y ss.

<sup>72</sup> “... there is a growing tendency of international arbitrators to take into account the anti-trust 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). 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”.

<sup>73</sup> 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).

<sup>74</sup> Vid. especialmente las consideraciones de L. G. Radicati di Brozolo, *loc.cit.*, pp. 476-481.

<sup>75</sup> Vid. J. L. Delvolvé, «Essai sur la motivation des sentences arbitrales», *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 149 ss.; Nota de E. Loquin a la sent. *Cour d'Appel de Paris* de 6 de mayo de 1988 (*Unijet SA v. SARL IBR*), *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 149; nota de Ph. Fouchard a la sentencia de la *Cour d'Appel de Paris* de 15 de mayo de 1997 (*Sermi et Hennion v. Ortec*), *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 558; A. Mourre, “Réflexions critiques sur l'abandon du contrôle de la motivation des sentences arbitrales en droit français”, *Bull. ASA*, vol. 19, n° 4, 2001, pp. 634-652.

<sup>76</sup> Sobre la lista de motivos que históricamente ha amparado la reivindicación por la motivación del laudo *vid.* especialmente A. Beaumont, “Reasons and Reasons for Reasons Revisited: Has the Domestic Arbitral Award Moved away from the Fundamental Basis behind the Reasoned Award, and Is It Now Time for Realignment?”, *Arbitration International*, vol. 32, 2016, pp. 523-534.

<sup>77</sup> Al parecer, la ausencia de motivación en los laudos ingleses tenía que ver con la elusión de un recurso de apelación *on a point of law*, característico de estos sistemas, de forma que el árbitro podía comunicar a las partes los motivos de su decisión en un documento separado y confidencial, haciendo bueno el consejo de Lord Mansfield: “*Never give your reasons: for your judgment will probably be right, but your reasons will certainly be wrong*” (*vid.* Lord J. Bingham, “Reasons and Reasons for Reasons: Differences between a Court Judgment and an Arbitration Award”, 4 *Arbitration International*, 1988/2, p. 147).

<sup>78</sup> Vid. para un análisis histórico-comparativo de la evolución del Derecho inglés y norteamericano en relación con el Derecho francés T. E. Carbonneau, “Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 36, n° 4, 1984, pp. 727-781.

<sup>79</sup> “*Arbitrators have no obligation to the court to give their reasons for an award*”, en *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel Car Corp*, 363 US, 1960, 598; *vid.* también *Michael P. Pfeifle v. Chemoil Corporation*, 73 Fed Appx, 720, 722 (5th Cir. 2003); *Gray v. Noteboom*, 159 S.W.3d 750, 754; *Thomas v. Prudential Sec., Inc.*, 921 S.W.2d 847; *Valentine Sugars, Inc. v. Donau Corp.*, 981 F.2d 210, 214 (5th Cir. 1993); *Anderman/Smith Operating Co. v. Tenn. Gas Pipeline Co.*, 918 F.2d 1215, 1219 n.3 (5th Cir. 1990). Este principio se ha mantenido incluso en buena parte de los pocos Estados de la Unión que han incorporado la Ley Modelo.

<sup>80</sup> Esta cuestión se planteó con frecuencia en Francia, en los arbitrajes sometidos al Reglamento CCI en sus versiones anteriores a 1998, que guardaban silencio sobre la motivación del laudo [*ad ex. sents. Cour d'Appel de Paris* de 30 de marzo de 1995 (*Fabre v. Spitalier*), de 20 de junio de 1996 (*Paris v. Razel*) y de 16 de junio de 1998 (*Swiss Oil v. Petrograb*)]. No obstante, hay que tener en cuenta que la práctica de la CCI como insti-

tución era requerir la motivación del laudo a los árbitros (*Vid. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Arbitration*, Kluwer Law, 1999, p. 762). En suma, en el sistema francés parece inferirse que las partes tienen derecho a la motivación del laudo, a menos que hayan pactado expresamente lo contrario (*vid.* E. Loquin, *op.cit.*, pp. 384-385).

<sup>81</sup> art. 14.2 LAI Yibuti; art. 26.1 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration*; art. 43.5 del Reglamento de la CIMA

<sup>82</sup> art. 35 LA Georgia.

<sup>83</sup> La reglamentación holandesa refleja acaso la solución más aquilatada para la eficacia de los acuerdos de renuncia a la motivación del laudo. La renuncia a la motivación del laudo implica una renuncia a garantías de defensa y, eventualmente, al ejercicio de recursos judiciales, que, al menos en el ámbito interno, han sido consideradas como de orden público por sistemas tan pocos sospechosos de animadversión al arbitraje como el francés. Una renuncia de tal importancia debe rodearse de ciertas garantías formales, de forma que no solo la renuncia tácita a la motivación del laudo debería ser descartada, sino también algunos acuerdos en que la voluntad real de las partes pueda ser puesta en entredicho. Así, el acuerdo arbitral puede contener dicha renuncia expresa en una cláusula compromisoria contenida en un contrato de adhesión o estandarizado, o incluso en cláusulas compromisorias negociadas individualmente en apariencia, pero donde el proferente es una de las partes. La garantía adecuada de la tutela arbitral y de los derechos de defensa aconseja limitar la eficacia de estos acuerdos en aquellos casos en que quepa garantizar un consentimiento informado y atento a las consecuencias de dicho acuerdo. De ahí que la solución holandesa parezca eficiente. No basta con que la renuncia conste en el acuerdo arbitral, sino que sería preciso confirmarla tras el inicio del procedimiento arbitral, particularmente en aquellos regímenes que contemplan la elaboración de un acta de misión o *terms of reference*. También parece plausible un sistema más atenuado, que al menos declare la exigencia de que la renuncia sea expresa y conste en un acuerdo arbitral negociado individualmente.

<sup>84</sup> Vid. P. Sanders, “Arbitration”, *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. XVI, ch. 2, 1996, pp. 119-120; D. Girsberger y N. Voser, *op.cit.*, p. 384.

<sup>85</sup> Vid. sobre estos procedimientos, N. Andrews, *Arbitration and Contract Law (Common Law Perspectives)*, Cambridge, Springer, 2016, pp. 129-142.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 558 y Nota Ph. Fouchard.

<sup>88</sup> En el ámbito del reconocimiento de laudos extranjeros, la inobservancia de la obligación de motivación acordada por las partes ha activado en algunos casos la causa de denegación prevista en el art. V.1 d) del Convenio de Nueva York (*vid.* AA.VV., *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (A Global Commentary on the New York Convention)*, Wolters Kluwer, 2010, pp. 296-297).

<sup>89</sup> Vid. J. Adolphsen, “§ 1061”, *Münchener Kommentar Zivilprozessordnung*, 3ª ed., Múnich, CH Beck, 2008.

<sup>90</sup> Por ejemplo, sent. de la *Court of Appeal* de Quebec en 2008 en el asunto *Smarts Systems Technologies Inc v Demotique Secant Inc*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXIII, 2008, p. 464.

<sup>91</sup> Por ejemplo, sent. OLG Bremen (2000), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXI, 2006, p. 640.

<sup>92</sup> *Vid.* en la jurisprudencia inglesa *World Trade Corporation v. C. Czarnikow Sugar Ltd* [2005] 1 *Lloyd's Rep.* 422. En la jurisprudencia española más reciente, Sent. TSJ Madrid (Sala Civil y Penal, sección 1<sup>a</sup>) núm. 32/2018, de 18 de junio, ECLI:ES:TSJM:2018:8105.

<sup>93</sup> Sent. OLG Stuttgart de 2001, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXIX, 2004, p. 272; *Mary Decker Silany v International Amateur Athletic Federation* (Sent. de la Corte de Apelación para el 7<sup>o</sup> Circuito de 2004), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXIX, 2004, p. 1262.

<sup>94</sup> Sent. TSJ Madrid (Sala de lo Civil y Penal, sección 1<sup>a</sup>) núm. 15/2018, de 5 de abril de 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:3635.

<sup>95</sup> *Vid.* M. Scherer, "Article V (1) (b)", *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Commentary*, Múnich, CH Beck, 2012, p. 304-305; J. C. Fernández Rozas, "Motivación del laudo arbitral", *Anuario de Arbitraje 2018*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, §§ 9, 13 y 17.

<sup>96</sup> Esta tendencia, característica de sistemas como el francés, alemán, italiano o suizo, admite sin embargo matizaciones en otros sistemas jurídicos, algo más exigentes a la hora de requerir a los árbitros una justificación o referencia a cada uno de los argumentos o motivos invocados por las partes. Así se desprende, en particular, del criterio jurisprudencial inglés, consistente en exigir una motivación lo suficientemente detallada como para comprender de forma apropiada la controversia, exigencia que a menudo se resuelve mediante el requerimiento a los árbitros de motivación adicional: *Transcatalana De Commercio S.A. v Incobrasa Industrial E Commercial Brasileira S.A.* (1995) 1 *Lloyd's Rep.* 215; *Hayn Roman & Co. S.A. v. Cominter (U.K.) Ltd.* [1982] 2 *Lloyd's Rep.* 458; *Halifax Life Limited v The Equitable Life Assurance Society* [2007] EWHC 503 (Comm). El mismo criterio de motivación "adecuada" se observa en la jurisprudencia australiana: *Gordon & Gotch* [2007] NSWSC 50108/2007. *Vid.* P. Gillies y N. Selvadurai, "Reasoned Awards: How Extensive Must the Reasoning Be?", *Arbitration*, vol. 74, 2008, pp. 128-132.

<sup>97</sup> *Vid.* D. Moura Vicente, "La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional", *Anuario IHLADI*, vol. 23, 2017-2018, pp. 71-72.

<sup>98</sup> Tras la decisión de la *Cour de Cassation* de 1 de febrero de 2005 en el asunto *Nioc* (*Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 693, nota de H. Muir Watt; *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 140, nota de Th. Clay), la reforma del Derecho francés del arbitraje resulta paradigmática: el nuevo artículo 1.595.4<sup>o</sup> del Código de Procedimiento Civil (CPC) francés recoge con enorme generosidad un foro de necesidad por razones de tutela judicial efectiva (*déni de justice*) que no requiere ni siquiera una vinculación territorial con Francia (como suele ser el caso en la formulación general de un foro de necesidad), y que revela el afán siempre creciente del sistema francés por erigirse en alfa y omega de un arbitraje internacional deslocalizado y flotante.

<sup>99</sup> *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 1.077.

<sup>100</sup> *Revue de l'arbitrage*, 2014, p. 1.028.

<sup>101</sup> Este es el modelo de *cognitio* que se sigue asimismo en los sistemas sueco, suizo, alemán o italiano (cf. J. F. Poudret y S. Besson, *op. cit.*, p. 362).

<sup>102</sup> *Revue de l'arbitrage*, 1994, p. 542, nota de Ph. Fouchard.

<sup>103</sup> *Vid.* S. Izzo, "Arbitrato e tutela cautelare", *Arbitrato, ADR, Conciliazione* (M. Rubino Sammartano ed.), Bolonia, Zanichelli, 2013, pp. 529-549. Para una referencia comparativa más extensa sobre el particular, *vid.* A. Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 64-66.

<sup>104</sup> Para algunos autores este sería el caso asimismo del sistema inglés o italiano y, con ciertas vacilaciones, el estadounidense [cf. *Fouchard Gaillard Goldman...*, *op. cit.*, p. 716, nota 80<sup>a</sup>].

<sup>105</sup> Reglamento (CE) núm. 1.397/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) núm. 1.206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil.

<sup>106</sup> Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965; Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materias civil o comercial, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1980. *Vid.* sobre el particular J. C. Fernández Rozas, «Le rôle des juridictions... » ; *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 152-154 y 159-161.

<sup>107</sup> *Vid.* N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern y M. Hunter, *op. cit.*, p. 405, n<sup>o</sup> 6-149, y más extensamente 3<sup>a</sup> ed., 1999, pp. 322-323, n<sup>o</sup>. 6-80.

<sup>108</sup> *Vid.* B Berger y F. Kellerhals, *op. cit.* En particular, es preciso que los mecanismos de asistencia judicial internacional previstos en las legislaciones nacionales se extiendan por igual a los procedimientos judiciales y arbitrales desarrollados en el extranjero. Baste a este respecto señalar el debate doctrinal y judicial recientemente suscitado en los EE.UU. sobre la aplicación a los procedimientos arbitrales en el extranjero de la posibilidad de acceder a la jurisdicción norteamericana que brinda el estatuto 28 USC § 1782, al objeto de obtener pruebas documentales o testificales (*vid.* T. J. Folkman y D. L. Evans, "The U.S: Judicial Assistance Statute: A Powerful Tool in International Arbitration?", *Dispute Resolution Journal*, vol. 69, 2014/1, pp. 1-14).

<sup>109</sup> Sobre el diferente alcance de esta circunstancia en cada uno de los sistemas y, sobre todo, sobre su distinto fundamento en los diversos precedentes jurisprudenciales, *vid.* S. Sánchez Lorenzo, "Antisuits injunctions y reconocimiento de laudos arbitrales anulados: una 'liaison dangereuse'", *Arbitraje*, vol. II, n<sup>o</sup> 1, 2009, pp. 15-27. Frente al modelo francés, más sistemático y formalista [*Vid.* entre la jurisprudencia más reciente, la *Sent. Cour de Cassation* de 26 de junio de 2013 (EGPC), *Revue de l'arbitrage*, 2013, p. 1.022, nota de M. Laazouzi; *Sent. Tribunal de Grande Instance* de París de 16 de mayo de 2012 (*Maximov v Novolipetsky Steel Mill*)], el Derecho norteamericano [*vid.* entre la jurisprudencia más re-

ciente: *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C. V. v Pemex-Exploración y Producción*, No 10 Civ 206 (AKH), 2013 WL 4517225 (S.D.N.Y. Aug. 27, 2013), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXVIII, 2013, pp. 537-541], y también otros sistemas como el inglés [*Yukos Capital SARL v. OSJC Rosneft Oil Company* (QBD 2014), EWHC 2188 (Comm) 3 julio 2014, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXIX, 2014, pp. 526-529; *Malicorp Ltd v Egypt* [QBD 2015] EWHC 361 (Comm)] o el holandés [Sentencia del *Gerechshof* de Ámsterdam de 18 de septiembre de 2012 (*Maximov v Novolipetsky Metallurgichesky Kombinat*), *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXXVIII, 2013, pp. 427-430], parten de una consideración más flexible que tiene en cuenta el grado de vinculación y previsibilidad de la jurisdicción primaria y, sobre todo, los estándares internacionalmente homologables de los motivos de la anulación.

<sup>110</sup> Aunque en sistemas como el inglés ni siquiera se excluye el conocimiento por los órganos jurisdiccionales de esta acción principal.

<sup>111</sup> RJ 2002/6421.

<sup>112</sup> *Vid.* B. Berger y F. Kellerhals, *op.cit.*, pp. 110-113.

<sup>113</sup> *Vid.* F. Poudret y S. Besson, *op.cit.*, pp. 312-314.

<sup>114</sup> Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 17 de junio de 2004 en el asunto *Miss France*, *Revue de l'arbitrage*, 2006, p. 161, nota de T. Azzi.

## Sobre el autor

### Sixto A. Sánchez Lorenzo



Sixto Sánchez Lorenzo es Director del Departamento de Derecho Internacional Privado e Historia del Derecho y Director del Seminario de Derecho Comparado de la Universidad de Granada.

Autor de lecciones y cursos de derecho internacional privado, así como de libros sobre temas puntuales de esta materia, tales como la cláusula de reserva de dominio, y el derecho aplicable al cheque en el comercio internacional. Ha contribuido a numerosos capítulos de libros sobre comercio internacional y ha integrado el Consejo Asesor o de Redacción de publicaciones científicas como la Revista Española de Derecho Internacional, el Anuario

Español de Derecho Internacional Privado, y la Revista de Derecho Comunitario Europeo.

Es miembro de *l'Académie Internationale de Droit Comparé*, del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (ILHADI), además de haber sido profesor en la Universidad Complutense de Madrid y Profesor Visitante en las Universidades de París II, Bari, Angers y Central de Venezuela, entre otras.

El doctor Sánchez Lorenzo es licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo con premio extraordinario, y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid