

Pre-print: *El arbitraje y la buena administración de justicia* (Francisco Ruiz Ruiseño y José Carlos Fernández Rozas (coords.), València, Tirant lo blanch, 2019, pp. 409-420. ISBN: 9788413362380).

Sobre la ley aplicable al arbitraje y el principio *iura novit curia*

Sixto A. Sánchez Lorenzo

Catedrático de Derecho internacional privado - Universidad de Granada

I. Introducción

El principio *iura novit curia* (*da mihi facti, dabo tibi ius*) se predica con carácter general en el Derecho comparado, en especial en los sistemas romano-germánicos, de forma que las normas jurídicas, al contrario que los hechos, escapan al principio dispositivo y pueden y deben ser apreciadas y aplicadas de oficio por los jueces. En los supuestos transfronterizos esta regla sufre ciertas limitaciones (*vid.* más en detalle, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, pp. 176-199). En muchos sistemas jurídicos, en particular el español (art. 12.6º del Código civil), la obligación del juez de conocer el Derecho se limita a las normas de conflicto y no se extiende al Derecho extranjero que, en principio, y al margen de la participación activa que pueda demostrar el juez, debe ser alegado y probado por las partes (art. 281 de la LEC). Si el Derecho extranjero no resulta probado, excepcionalmente se aplicará al fondo el Derecho español (art. 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil).

Cabe plantearse si en el arbitraje comercial internacional el principio señalado vincula asimismo a los árbitros (*iura novit arbiter*). Una defectuosa comprensión del arbitraje como "equivalente" jurisdiccional podría llevar a tan precipitada conclusión. El arbitraje, en realidad, solo es equivalente a la jurisdicción por lo que se refiere a los efectos de cosa juzgada de las sentencias y de los laudos. El arbitraje es un medio de solución de controversias "alternativo" a la solución jurisdiccional, de eficacia equivalente, pero sujeto a premisas bien distintas. Aunque presente elementos procesales, la base o causa del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, y este principio va a alterar la comprensión de la obligación del árbitro de conocer y aplicar la ley rectora del fondo de la controversia en un arbitraje internacional.

Para analizar la cuestión, es preciso analizar previamente si semejante principio únicamente afecta al arbitraje de Derecho o se extiende de alguna forma al arbitraje de equidad (apartado II). A renglón seguido, dentro del arbitraje de Derecho, conviene analizar si la ley aplicable al fondo de la controversia ha sido elegida por las partes (apartado III), por los propios árbitros a falta de dicha elección (apartado IV) o en razón del carácter internacionalmente imperativo o de orden público internacional de la regla jurídica concernida (apartado V). Finalmente, es preciso determinar qué exigencias propias suscita la aplicación del Derecho desde el punto de vista del procedimiento de arbitraje (apartado VI).

II. *Iura novit arbiter* en el arbitraje de equidad

El arbitraje de equidad no sólo faculta al árbitro a suministrar una solución a la controversia con otros fundamentos intelectuales (una concepción vulgar de lo justo), sino que determina un procedimiento arbitral centrado en la determinación de los hechos. En contrapartida, el arbitraje de Derecho implica no sólo un *plus* de motivación del laudo arbitral, que debe justificar tanto la elección de las normas aplicables como su interpretación, sino que obliga a un procedimiento arbitral en que las partes deben poder debatir sobre el alcance jurídico de dichas normas. En contrapartida, el arbitraje de equidad puede recurrir a fuentes jurídicas, y no requiere que dichas fuentes sean objeto de un debate procesal entre las partes. El árbitro, al decidir según su leal saber y entender, puede perfectamente invocar normas jurídicas que, a su juicio, representan o materializan su concepción de lo que es justo y equitativo desde el punto de vista del sentido común. La norma jurídica es traída a colación, por tanto, como *ratio scripta*.

Con todo, no debe olvidarse que el árbitro de equidad no es inmune a la consideración de motivos propiamente jurídicos (*vid.* F. Knoepfler y Ph. Schweizer, p. 166, esp. nota 19^a). En particular, está obligado a considerar de oficio las normas de orden público internacional, no solo de la *lex arbitri*, sino también de terceros Estados u organizaciones internacionales particularmente vinculadas a la solución del caso. Así, en la hipótesis de que un árbitro tuviera que decidir en equidad sobre un contrato con repercusión o efectos en el mercado europeo, no podría resolver sin tener en cuenta las normas de orden público de la Unión Europea en materia de libre competencia.

En efecto, algunos sistemas recogen expresamente la advertencia relativa a la sujeción del arbitraje de equidad a las reglas jurídicas de orden público [art. 34.1 h) LA Angola; art. 212.2 CPC Emiratos Árabes Unidos; art. 777 CPC Líbano]. En España, la STSJ

Madrid CP 8 enero 2018 ha mostrado una exigencia tal en este sentido que acaba imponiendo la desnaturalización del arbitraje de equidad a través un verdadero control de fondo de la razonabilidad "jurídica" del arbitraje de equidad. En todo caso, cuando el árbitro de equidad se ve en la tesitura de tener que aplicar normas internacionalmente imperativas, deberá enfrentarse a las mismas limitaciones que el árbitro de Derecho, procurando en especial que exista un adecuado debate entre las partes acerca de la pertinencia, significado y alcance de tales reglas imperativas.

III. Ley elegida por las partes

1. Contrato (autonomía material) *versus* ley elegida (autonomía conflictual)

El arbitraje de Derecho es la opción más extendida en el arbitraje comercial internacional, mientras el arbitraje de equidad resulta excepcional. Dentro del arbitraje de Derecho es asimismo universalmente reconocida la prioridad del Derecho elegido por las partes para regir el fondo de la controversia, tanto en las legislaciones arbitrales como en convenios internacionales y reglamentos institucionales. Las legislaciones legales más antiguas parecían restringir tal elección a la ley de un Estado, en tanto que las formulaciones más recientes admiten expresamente la posibilidad de que las partes elijan "reglas de Derecho" no nacionales, tales como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, convenios internacionales y otras fórmulas de *soft law*. Semejante posibilidad se admite hoy con carácter general, incluso en aquellas legislaciones literalmente restrictivas, en virtud de una interpretación extensiva del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje. En muchos casos, las reglas anacionales son suficientes para resolver una controversia, pero a menudo presentan lagunas que aconsejan introducir un Derecho nacional subsidiario en el acuerdo arbitral. Así, el Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías no incluye reglas claras sobre *hardship* ni contempla las condiciones de validez sustancial del contrato.

La ley elegida por las partes consiste, aparentemente, en la primera regla, y esta regla conforma la misión del árbitro. Cuando las partes eligen la ley aplicable en un arbitraje de Derecho, el árbitro está obligado a resolver en Derecho y a hacerlo conforme al Derecho que las partes han indicado. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito jurisdiccional, en que es el propio sistema jurídico el que exige del juez la aplicación de oficio de las normas jurídicas, en el arbitraje, si la ley es elegida por las partes, la obligación del árbitro de aplicar el Derecho emana de dicha voluntad. Y esta

distinción es esencial para eliminar la denominada "función restrictiva" del Derecho aplicable (*vid.* S. Sánchez Lorenzo, pp. 43-45).

En efecto, la autonomía de la voluntad es la primera regla en el arbitraje, pero la libertad de elegir el Derecho aplicable al fondo (autonomía conflictual) no puede separarse de la libertad con que las partes han diseñado sus obligaciones contractuales (autonomía material). En el ámbito jurisdiccional, la ley aplicable a una relación jurídica, en particular a un contrato, cumple la función de designar las reglas que sirven para interpretar e integrar el contrato, pero también proporcionan normas imperativas que limitan la autonomía de las partes y pueden anular determinadas cláusulas del contrato. Esta función restrictiva no es trasladable al ámbito del arbitraje. A la hora de regular la ley aplicable al fondo de las controversias arbitrales, la inmensa mayoría de las normativas inciden en que el contrato es la "ley" básica del arbitraje. “En todos los casos —señala el art. 28.4º de la Ley Modelo de la CNUDMI— el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato...”. El singular empleado en el art. 34.3º de la Ley de Arbitraje española es aún más explícito: “En todo caso...”. Cuando las partes eligen la ley aplicable, según las fórmulas que veremos más abajo, un principio elemental de interpretación aconseja prescindir de la función restrictiva de la ley aplicable, pues es de suponer que las partes no habrían elegido una ley aplicable que anulara sus pactos.

Según otra opinión, incluso en casos de elección de la ley aplicable esta conclusión no resulta evidente. Las partes, al elegir el Derecho aplicable, pueden estar interesadas en establecer un marco de control del alcance de sus pactos, autolimitándose de alguna forma, y no sería irrazonable que las normas imperativas de la ley aplicable derogaran algún pacto o, incluso, todo el contrato. Ni siquiera si las partes han establecido la prevalencia de sus propios pactos cuando sean contradictorios con el Derecho elegido podrían impedir este efecto, por cuanto la validez de la propia cláusula no podría quedar al margen de toda ley (*vid. Fouchard Gaillard Goldman*, pp. 797-799).

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. La presunción correcta más bien debe ser la contraria. Nótese que la ley elegida por las partes no tiene por qué presentar ninguna conexión estrecha con el contrato, de modo que su intervención derogatoria no se justifica más

que por voluntad de las partes. Un principio elemental de seguridad jurídica, y también de interpretación, requiere estimar que el régimen de disposiciones de un contrato elegidas por las partes es compatible sistemáticamente y válido en su conjunto. De no ser posible tal interpretación, debe prevalecer el pacto sobre la norma, pues solo esta interpretación respeta la verdadera voluntad de las partes. Con más motivo si, además, han previsto esta solución interpretativa en el propio contrato. En suma, en el Derecho internacional privado moderno, la autonomía conflictual debe reconducirse a un concepto de autonomía material, reservando la función restrictiva de las normas estatales al juego de las normas imperativas o de orden público internacional, que es independiente de la ley aplicable al contrato, especialmente si esta ha sido elegida por las partes. Al menos, este entendimiento debe prosperar como presunción general, si no se deduce claramente del contrato que las partes han pretendido lo contrario, pues resulta razonablemente más ajustada al principio de autonomía de la voluntad de las partes que sustenta tanto el contrato como la solución arbitral. En realidad, semejante conclusión es defendible tanto en el arbitraje comercial internacional como en las decisiones propiamente jurisdiccionales. En muchos casos, la propia ley elegida puede contener esta fórmula. Así ocurriría en una hipotética elección de los Principios UNIDROIT como ley aplicable al contrato, pues salvando unas pocas disposiciones imperativas, las cláusulas del contrato que deroguen o modifiquen su contenido prevalecerán en todo caso (art. 1.5°).

En consecuencia, el árbitro no debe aplicar de oficio ni siquiera la ley elegida por las partes de forma automática, 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.

2. Elección de la *Lex Mercatoria*

De la misma forma que la elección de la ley aplicable no exime al árbitro de tener en cuenta las disposiciones contractuales, las reglas sobre la ley aplicable al fondo de la controversia suelen advertir la procedencia de tener en cuenta, en todo caso, los usos comerciales. Los usos comerciales tienen una función integrativa y normativa, pero como normas jurídicas no son imperativas, por lo que las disposiciones contractuales siempre prevalecerán sobre los usos. En su función integrativa, los usos se superponen a

la ley aplicable, incluso elegida por las partes, pero su aplicación como normas jurídicas difiere, en la medida de que un principio elemental exige la prueba de la costumbre o uso. El árbitro, en consecuencia, no puede hacer valer "de oficio" la existencia de un uso comercial, a menos que sea tan extendido e indubitado que su aplicación resulte manifiesta o salte a la vista *prima facie*. En consecuencia, deberá ser 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.

Más difícil es la posición del árbitro en el cumplimiento de su misión si las partes configuran su elección de la ley aplicable al fondo de la controversia a través de fórmulas genéricas, como la *Lex Mercatoria* o los principios generales del comercio internacional o de la contratación internacional. En sentido estricto, la *Lex Mercatoria* se conforma a partir de las prácticas comerciales y, en consecuencia, es una noción similar o vecina a la de los usos comerciales. A menudo, sin embargo, la noción se invoca en un sentido mucho más amplio (*vid.* E. Gaillard, "La distinction...", pp. 203 ss.), capaz de incorporar reglas de *soft law*, como los Principios UNIDROIT, que no siempre coinciden con los usos más habituales del comercio. La indefinición del concepto requiere en tal caso que el árbitro se abstenga de aplicar de oficio presuntas reglas de la *Lex Mercatoria* sin que haya habido una argumentación y prueba por las partes de la pertinencia de dichas reglas. En caso contrario, si el árbitro utiliza la elección genérica como un *escape device*, se expone a que el laudo pueda ser anulado.

3. Control del laudo

El hecho de que las partes hayan elegido la ley aplicable al fondo de la controversia implica, pues, que el árbitro está obligado a resolver conforme a ese Derecho, y a aplicarlo o procurar su debida prueba de oficio, si quiere cumplir con la misión encomendada.

En primer lugar, obviamente, el árbitro debe decidir en Derecho, y no en equidad. Una defectuosa aplicación del Derecho elegido no va a ser revisada, pero sí una omisión grosera de las fuentes legales que deben suministrar los fundamentos jurídicos del laudo.

En segundo lugar, el árbitro está obligado a motivar jurídicamente el laudo sobre la base del Derecho elegido por las partes o, en otro caso, debe justificar su inaplicación, por ejemplo si es contrario a parámetros de orden público internacional (*vid.* L. Silberman & F. Ferrari, pp. 312-313; S. Bollée, pp. 695-697).

Las posibilidades de anulación del laudo por falta de cumplimiento de la misión encomendada son claras si los árbitros han motivado su decisión sobre la base de un Derecho distinto al elegido o han orillado una normativa no nacional escogida por las partes, como por ejemplo los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales, sin razones explícitas y fundadas [*ad ex.* art. 53.1º d) de la Ley de Arbitraje egipcia o STS Finlandia 2 julio 2008 en en asunto *Werfen Austria GmbH v Polar Electro Europeo BV*).

La anulación del laudo se antoja más complicada si las partes invocan una elección tácita o utilizan fórmulas vagas en la determinación de la ley aplicable, tales como una referencia a los principios generales del comercio, a los usos del comercio internacional o a la *Lex Mercatoria*. Así, en *Ministry of Defense and Support of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems Inc.*, el Tribunal de Distrito de California consideró correcta la aplicación de los Principios UNIDROIT, junto al principio general de buena fe, por el hecho de que las partes se hubiesen sometido a los principios generales del comercio internacional (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXIV, 1999, p. 875). Las posibilidades de anulación también se reducen 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 (*Journ.dr.int.*, 1998, p. 1.017). Pero no por ello la posibilidad de anulación puede ser descartada en todos los casos.

La imposibilidad de revisión o control sustancial del fondo del laudo, como principio general del régimen legal que rige tanto la demanda de anulación como la solicitud de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, se invoca a menudo indebidamente para eludir el control de la obligación de los árbitros de motivar su laudo en el Derecho elegido por las partes. Así ocurre cuando los árbitros “interpretan” el Derecho elegido

(por ejemplo, el Derecho egipcio), a partir de la presunta identidad con otro Derecho (por ejemplo, el francés), tal y como ocurrió en el asunto *Crocodile Tourist Project C. (Egypte) v Aubert*, resuelto por la sentencia de la *Cour d'Appel* París 1 marzo 1988 (*Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 269). De igual modo, la anulación puede prosperar si los árbitros invocan la imposibilidad de conocer la ley aplicable para justificar su sustitución por su propia concepción de la *Lex Mercatoria*. El Laudo CCI de 20 de mayo de 1992 (Caso n°. ARB/84/3) es un buen ejemplo de sustitución de la ley elegida bajo la excusa de que el Derecho egipcio no determina el *dies a quo* para el cálculo de intereses, afirmación que E. Gaillard considera suficientemente absurda como para desacreditar semejante razonamiento (*vid.* “Trente ans...”, p. 13).

De igual modo, la omisión del Derecho elegido mediante la indebida conversión del arbitraje de Derecho en un arbitraje de equidad ha sido considerada como una violación de las normas procedimentales establecidas por las partes o en la *lex arbitri*, más que como una violación de la misión encomendada (artículo V.1 del Convenio de Nueva York, en lugar del artículo V.1.b), particularmente en la jurisprudencia alemana (*vid.* S. Kröll, p. 1.061). Este motivo ha sido igualmente invocado, particularmente en los sistemas que incorporan la Ley Modelo de la CNUDMI, cuando la ley aplicable al fondo, en defecto de elección, se determina a partir de criterios indirectos por referencia a las normas de conflicto apropiadas y los árbitros omiten la referencia a estas normas mediante la aplicación directa al fondo de normas sustantivas (*vid.* B. Hayward, pp. 128-143 y 301-306.)

IV. Ley aplicable en defecto de elección

La siguiente hipótesis que debe analizarse se refiere al arbitraje de Derecho cuando las partes no han determinado la ley aplicable, de forma que los árbitros pueden aplicar cualquier Derecho nacional, no nacional o incluso la *Lex Mercatoria*. En defecto de elección, los árbitros gozan de una amplia facultad a la hora de determinar la ley aplicable al fondo de la controversia, particularmente si la regla sobre la ley aplicable al fondo de la controversia habilita una vía directa, esto es, si los árbitros no están obligados a justificar la norma de conflicto apropiada o la ley nacional más estrechamente conectada.

En efecto, el artículo 28.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI aún se sirve de una fórmula indirecta, que requiere de los árbitros la determinación de la norma de conflicto que consideren apropiada. Esta fórmula anticuada se ha trasladado a la mayoría de los

sistemas que incorporan la Ley Modelo por referencia (Australia, Baréin, Bermudas, Canadá, China-Macao, China-Hong Kong, Irlanda, Singapur y Turkmenistán) o se inspiran en su reglamentación [Angola, Azerbaiyán, Bahamas, Barbados, Bielorrusia, Bután, Bulgaria, Catar, Chile, Chipre, Dinamarca (aplicable en las Islas Feroe), Escocia, Eslovaquia, Gambia, Ghana, Guam, Guernsey, Hungría, Inglaterra, Islas Caimán, Islas Cook, Irán, Liberia, Madagascar, Malasia, Mauricio, Moldavia, Montenegro, Mozambique, Nueva Zelanda, Paraguay, Puerto Rico, Rusia, Serbia, Sri Lanka, Tailandia, Ucrania, Yemen y Zimbabue]. La referencia a las reglas de conflicto también está presente en convenciones internacionales y regulaciones institucionales (art. 10 del Acuerdo del MERCOSUR sobre Arbitraje Comercial Internacional; art. VII.1 de la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961). Otros sistemas legales establecen la aplicación de las reglas de conflicto de leyes del foro (Costa Rica, Cuba, Estonia, Kosovo, Malta, Noruega, Palestina, Polonia, República Checa, Rumania), las reglas sustantivas del foro (Kazajistán y Nepal) o la ley del foro, incluidas las convenciones internacionales (Ruanda). En otros sistemas jurídicos, la vía indirecta se mantiene por referencia a la ley estatal más estrechamente conectada (Albania, Alemania, Arabia Saudí, Austria, Corea del Sur, Egipto, Guatemala, Japón, Jordania, Macedonia, México, Portugal, Siria, Suiza y Turquía). El tenor literal de estas soluciones parece limitar la aplicación de un Derecho no estatal, incluso mediante la elección de la ley aplicable, pues la locución se mantiene también en este caso (*vid.*, G. Gaja, p. 436). En la práctica, prevalece, 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, pero dicha flexibilidad puede ser puesta en entredicho en ausencia de elección. Si la *lex arbitri* corresponde a uno de los sistemas jurídicos señalados, las partes podrían atacar un laudo motivado en normas no estatales, por el hecho de conculcar las reglas procedimentales de la *lex arbitri*.

Los sistemas más modernos han abandonado esta solución indirecta, obediente a una concepción jurisdiccional del arbitraje (un efecto nocivo más de la equívoca noción del “equivalente jurisdiccional”), a favor de opciones directas que permiten a los árbitros la aplicación de las normas sustantivas que consideren más apropiadas. Además de en la gran mayoría de reglamentos institucionales, dicha solución se plasma en el artículo 15 de la Ley Uniforme de la OHADA (incorporada en Benín, Burkina Faso, Camerún,

Chad, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Mali, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Senegal y Togo) y en muchas legislaciones nacionales [Afganistán, Albania, Andorra, Argentina, Bangladesh, Bélgica, Burundi, Camboya, Cabo Verde, Colombia, Croacia, Eslovenia, España, Francia, Haití, India, Kenia, Kirguistán, Líbano, Liechtenstein, Lituania (incluida la *Lex Mercatoria*, pero el árbitro debe justificar o motivar la elección), Marruecos, Mauritania, Mongolia, Mozambique, Myanmar, Nicaragua, Omán, Países Bajos, Panamá, Perú, República Dominicana, Túnez, Uganda, Uruguay, Vietnam y Yibuti]. Conforme a este criterio, la decisión del árbitro sobre las normas aplicables al fondo, ya sean nacionales o no nacionales, deja poco espacio a la posibilidad de una anulación (*vid.* Y. Derains, p. 173).

Sin embargo, una conversión o desnaturalización del arbitraje de Derecho en un arbitraje de equidad puede justificar el recurso de anulación (*ad ex.*, asunto *Société d'Experts en tarification de l'énergie (ETE) v société Gascogne Paper*, resuelto por sentencia de la *Cour de Cassation* 1 febrero 2012, *Revue de l'arbitrage*, 2012/1, p. 91). Semejante posibilidad aparece cuando los árbitros resuelven a través del recurso a la *Lex Mercatoria* (*vid.* J. Wyncimer, pp. 993-994 y W. W. Park, pp. 50-51). Es cierto que desde el asunto *Norsolor* (Laudo CCI núm. 3131/1979, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. IX, 1984, pp. 109 ss.), 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 (*vid.* Ch. Borris y R. Hennecke, pp., 321-323). En otras palabras, si los motivos en equidad desplazan a los motivos jurídicos, el laudo puede ser anulado, por lo que se requiere un escrutinio estricto de la pertinencia y del contenido de la *Lex Mercatoria*. En la práctica, los laudos arbitrales basados en la *Lex Mercatoria* o en los usos comerciales apenas son anulados. El caso *Valenciana de Cementos v. Primary Coal*, resuelto por la sentencia de la *Cour de Cassation* 22 octubre 1991 es paradigmático en este sentido. Para la anulación debe resultar evidente que el laudo se

ampara en soluciones de equidad, omitiendo de forma grosera el mandato de las partes que requiere un arbitraje de Derecho (*vid.* A. Giardina, pp. 467-469). Basta un razonamiento mínimo sobre la base de reglas o usos comerciales para impedir la demanda de anulación. Por esta razón, según algunos autores, en defecto de elección por las partes de ley aplicable, la determinación de esta ley por los árbitros es completamente libre y no se sujeta al control de las jurisdicciones nacionales, si se exceptúa tal vez el artículo 68 de la Ley de Arbitraje inglesa (*vid.* J. F. Poudret y S. Besson, pp. 623-624). El tenor literal de la Ley de Arbitraje Comercial lituana es verdaderamente gráfico: "*If the parties have failed to agree on the applicable law, the arbitral tribunal shall apply the law, which in the justified opinion of the arbitral tribunal, is applicable in resolving a particular dispute, including trade customs (lex mercatoria)*". En definitiva, las facultades de los árbitros en este punto son amplias, pero su selección de la ley aplicable tiene que resultar, hasta cierto punto, justificada.

V. Normas internacionalmente imperativas

Ya se ha señalado que la necesidad de que los árbitros tengan en consideración, en todo caso, normas de orden público internacional impide una caracterización pura del arbitraje de equidad. Pero los problemas más frecuentes surgen en relación con el arbitraje de Derecho, donde el árbitro debe asimismo tener en cuenta normas internacionalmente imperativas, incluso si estas normas no pertenecen a la ley elegida por las partes (*vid.* S. Sánchez Lorenzo, pp. 62-68; L. Radicati di Brozolo, *passim*; Ch. Seraglini, *passim*).

Normas sobre libre competencia, medio ambiente y salud pública, libre comercio, derechos humanos, etc., son consideradas como internacionalmente imperativas, y las partes deben esperar que sean aplicadas. En primer término, las normas de orden público internacional de la ley aplicable pueden ser aplicadas. En segundo lugar, para eludir el riesgo de anulación o de denegación de reconocimiento de laudos arbitrales, los árbitros deben tener en consideración las normas de policía de la sede arbitral o *lex arbitri* y también de los sistemas jurídicos en que la ejecución del laudo es esperable. Los autores alemanes, en este último supuesto, se refieren a la capacidad del laudo arbitral para ser exportado (*Exportfähigkeit*).

Particularmente en el sector de los contratos, deben retenerse asimismo las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados estrechamente conectados con la controversia, singularmente del país de ejecución de las obligaciones. Esta circunstancia

ha sido subrayada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “ECO Swiss” en 1999 en relación con el Derecho de la competencia europeo (TJUE C-129/91 1 Junio 1999 “*Eco Swiss*”; C-102/81 23 Marzo 1982: “*Nordsee*”). Sin embargo, algunos sistemas jurídicos más liberales, como el francés, son reacios a semejante aplicación, en la medida en que pueda traicionar el mandato de las partes. La práctica arbitral internacional, no obstante, acredita que la aplicación de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados constituye un principio general del Derecho internacional privado comparado. Al menos este es el parecer de la Cámara de Comercio Internacional, al actuar como *amicus curiae* ante el Tribunal Supremo de los EE. UU. en el caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler – Plymouth*”: “*there is a growing tendency of international arbitrators to take into account the antitrust laws and other mandatory legal rules expressing public policy enacted by a State that has a significant relationship to the facts of the case, even though that State’s law does not govern the contract by virtue of the parties’ choice or applicable conflicts rules*” (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”.

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

de orden público internacional emanados de los sistemas jurídicos nacionales, internacionales o supranacionales concernidos.

Con todo, la conducta de los árbitros en este sentido dista mucho de ser incontrovertida. Si los árbitros deciden aplicar de oficio normas internacionalmente imperativas, aunque no sean invocadas por las partes, corren el riesgo de que sus laudos sean anulados por decidir *ultra petita*. Además, estas reglas deben ser incorporadas en el procedimiento en un momento procesal que permita un adecuado debate entre las partes. Finalmente, si las partes han excluido expresamente la consideración de tales reglas imperativas de un determinado sistema, que los árbitros empero están inclinados a aplicar de oficio, puede parecer que la única salida airosa para los árbitros sea la renuncia a formar parte del tribunal arbitral por ilegalidad del mandato de las partes. Algunas opiniones más audaces mantienen la posibilidad de dictar un laudo efectivo y con fuerza ejecutiva motivado en normas internacionalmente imperativas no queridas por las partes, asumiendo con ello el riesgo de una acción de anulación por haber excedido el mandato de las partes.

VI. Límites procesales en la aplicación de oficio del Derecho aplicable por el árbitro

Con independencia del sistema de determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia, en el arbitraje de Derecho, el árbitro no está condicionado por las alegaciones de las partes acerca de la interpretación de las reglas sustantivas aplicables al fondo de la controversia (*vid.* D. Moura Vicente, pp. 68-73). No está constreñido por el principio dispositivo, pero tampoco por un principio inquisitivo que le imponga la aplicación de oficio del Derecho que rige la controversias. El procedimiento arbitral está caracterizado por un principio de flexibilidad que confiere al árbitro una competencia amplia para orientar el procedimiento y las propias cuestiones litigiosas. El árbitro no actúa *ultra petita* cuando incorpora razonamientos jurídicos no suscitados por las partes, sino cuando resuelve cuestiones no sometidas por las partes al arbitraje. En consecuencia, el árbitro puede utilizar reglas jurídicas que no han sido invocadas por las partes, y aportarlas al procedimiento en virtud de su propio conocimiento. No está obligado a hacerlo, pero puede hacerlo. Ahora bien, no puede hacerlo de cualquier forma.

En el arbitraje internacional, el árbitro no puede determinar el Derecho aplicable al fondo del arbitraje en el laudo, ni incluir en este reglas sustantivas fundamentales que

no hayan sido advertidas por las partes. No debe, en consecuencia, hacer una determinación o aplicación de oficio "sorpresa" del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Así, el Tribunal de Distrito de California en *Ministry of Defense and Support of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems Inc* (*Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XXIV, 1999, p. 875) faculta a los árbitros a motivar sus laudos en normas y argumentos legales diferentes a los invocados por las partes en la medida en que ello no viole el mandato atribuido a los árbitros. En el Derecho francés, los árbitros no están obligados a motivar los argumentos legales implicados en el debate procesal en la medida en que sean coherentes con la ley aplicable, pero las dudas aparecen en relación con las omisiones inesperadas de la ley aplicable o la atribución a la ley aplicable de un contenido o sentido completamente inopinado a la luz del procedimiento arbitral (*vid.* M. Scherer, pp. 307-308).

En consecuencia, si las partes han elegido la ley aplicable, deben presentar sus argumentos e interpretaciones aportando pruebas de su contenido durante el procedimiento, pero no de forma extemporánea (por ejemplo, en los escritos de conclusiones). Los árbitros no pueden aceptar semejantes evidencias sorpresivas sobre la ley aplicable sin proporcionar a la otra parte la posibilidad de argumentar o contradecir la prueba o posición presentadas. La jurisprudencia francesa (sentencia de la *Cour d'Appel* de París de 18 de abril de 1991 en el caso *Supermarket Systems*) es reveladora de la consideración fáctica del Derecho aplicable al fondo de la controversia, de forma que si una parte presenta una prueba o evidencia al respecto para sostener sus argumentos, debe proveerse un plazo para que la otra parte pueda pronunciarse sobre dicha prueba (*ad ex.*, sentencias de la *Cour d'Appel* París 6 abril 1995 en el asunto *Thyssen Stahlunion* y 25 noviembre 1997 en el asunto *VRV SpA*; sentencia de la *Cour de Cassation* 16 marzo 1999 en el asunto: *affaire État du Qatar v Creighton*).

Del mismo modo, en defecto de elección de la ley aplicable por las partes, obviamente los árbitros no están obligados (ni pueden, ni deben) revelar sus motivos jurídicos antes del laudo, pero tampoco pueden sorprender a las partes a través de la aplicación de leyes o normas sorpresivas (*vid.* C. P. Alberti, pp. 20-21). Esta es la regla característica del Derecho alemán y suizo [*ad ex.* STFS 30 septiembre 2003, STFS 9 febrero 2009 (*José Urquijo Goitia v Liedson da Silva Muñiz*)]. El Derecho inglés es incluso más exigente en este sentido. En Finlandia, la STS 2 Julio 2008 (*Werfen Austria GmbH v Polar Electro Europeo BV*) muestra idéntico rigor, al igual que la sentencia del Tribunal de

Apelación de Svea (Suecia) 1 diciembre 2009 (*Systembolaget v V&S Spirit*). Tras un análisis comparativo, J. Poudret y S. Besson (p. 785) concluyen que si los árbitros pretenden aplicar de oficio un Derecho distinto al invocado por las partes, deben revelarlo en un momento oportuno. Son libres de elegir cualquier ley aplicable invocada por las partes durante el procedimiento o aplicar de oficio el Derecho aplicable al fondo y no están condicionados por los argumentos de las partes, pero deben garantizar un adecuado debate procesal sobre tal Derecho.

El procedimiento arbitral brinda muchas oportunidades al árbitro para llamar la atención de las partes acerca del Derecho aplicable al fondo, de las reglas o principios en juego, incluso de razonamientos sobre un aspecto puntual o el alcance de una determinada jurisprudencia. Puede utilizar las actas de misión, órdenes procesales, ordenar ciertas pruebas del Derecho aplicable, e incluso, tras la audiencia, indicar a las partes qué cuestiones o normas jurídicas quiere ver argumentadas por las partes en sus conclusiones. Para ello, ciertamente, el árbitro debe ser competente e ir realizando un estudio progresivo del caso, cosa que lamentablemente no siempre ocurre.

En suma, el árbitro debe garantizar que el Derecho aplicable sea objeto de debate por las partes. Y esta es la diferencia esencial con el tratamiento de la ley aplicable en los procedimientos jurisdiccionales. En estos, los hechos son debatidos e incluso las partes deben tratar de acreditar el Derecho extranjero y presentar las pruebas pertinentes, pero el Derecho extranjero no es un hecho. El juez puede aplicarlo de oficio y, si no lo considera probado, sustituirlo en la sentencia por el propio Derecho del foro. En el arbitraje, el principio de contradicción es más estricto, y el Derecho aplicable debe ser objeto no solo de prueba, sino de un debate procesal que no puede ser omitido por la aplicación de oficio de tal Derecho por el árbitro sin consideración a lo ocurrido en el procedimiento arbitral (*ad ex.* art. 1464 Código civil francés). Como señala la conclusión 9ª de la Resolución del XIX Congreso del IHLADI de 2016 (2ª Comisión), "[e]l tribunal arbitral no debe aplicar al fondo del litigio reglas sobre las cuales las partes no hayan tenido una oportunidad razonable de pronunciarse con antelación al dictado del laudo arbitral, salvo en caso de manifiesta innecesaridad".

Bibliografía:

Alberti, C. P., "*Iura novit Curia* in International Commercial Arbitration", *International Arbitration and International Commercial Law (Liber Amicorum Eric Bergsten)*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 3-32.

- Bollée, S., “L’impérativité du droit choisi par les parties devant l’arbitre International”, *Revue de l’arbitrage*, 2016/3, 695-697;
- Borris, Ch. y Hennecke, R., “Article V (1) (c)”, *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Commentary*, Múnich, CH Beck, 2012, pp. 309-329.
- Derains, Y., “Possible Conflict Rules and the Rules Applicable to the Substance of the Dispute”, *UNCITRAL’s Project for Model Law in International Commercial Arbitration (ICA Congress Series*, vol. 2), Lausanne, Kluwer, 1994, pp. 169 ss.
- Fernández Rozas, J. C. y S. Sánchez Lorenzo, S. , *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2018.
- Fouchard, Gaillard. *Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999.
- Gaillard, E., “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 203 ss.
- Gaillard, E., “Trente ans de *Lex Mercatoria*: Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journ.dr.int.*, 1995, pp. 5 y ss.
- Gaja, G., “Sulle norme applicabili al merito secondo la nuova disciplina dell’arbitrato internazionale”, *Rivista dell’arbitrato*, 1994, p. 436 ss.
- Giardina, A., “La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali”, *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1992, pp. 461 ss.
- Hayward, B., *Conflict of Laws and Arbitral Discretion (The Closest Connection Test)*, Oxford University Press, 2017.
- Knoepfler, F. y Schweizer, Ph., "Making of Awards and Termination of Proceedings", *Essays on International Commercial Arbitration*, Londres, Graham & Trotman, 1989, pp. 160-176.
- Kröll. S., “Recognition and Enforcement of Awards”, *Arbitration in Germany. The Model Law in Practice*, Kluwer Law International, 2007.
- Moura Vicente, D., "La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional", *Anuario hispano-luso-americano de Derecho internacional*, vol. 23 (2017-2018), pp. 53-74.
- Park, W. W., “The *Lex Loci Arbitri* and International Commercial Arbitration”, *I.C.L.Q.*, vol. 32, 1983, p. 21 ss.
- Poudret, F. y Besson, S., *Droit comparé de l’arbitrage international*, Bruselas, Bruylant, 2002.

Radicati di Brozolo, L. G., "Arbitrage commercial international et lois de police (considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international)", *R. des C.*, vol. 315 (2005), pp. 53-457.

Sánchez Lorenzo, S., "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, 2009/1, pp. 39-74.

Scherer, M., "Article V (1) (b)", *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Commentary*, Múnich, CH Beck, 2012, p. 127-309.

Seraglini, Ch., *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001.

Silberman, L. y Ferrari, F., "Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong", *Conflicts of Laws in International Arbitration*, Munich, Sellier, 2011, pp. 257-323.

Winczymer, J., *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer, 2012.