

## CONFERENCIA "LA LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL"

Dr. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO.

Quiero agradecer a los patrocinadores de este evento por el privilegio que me dan de poder estar aquí y dirigirles la palabra a ustedes en esta sala de nuevo, después de tantos años de participar en la escuela de verano de derecho internacional privado..

El tema que voy a abordar se refiere a la ley aplicable al fondo de la controversia, específicamente en el arbitraje comercial internacional. Ya que uno de los *leitmotivs* de este congreso es el arbitraje y el otro la integración del derecho mercantil en el marco de la OHADAC, y ayer hablábamos sobre el hecho de que la regulación del procedimiento arbitral es un aspecto que puede ser esencial en un marco de integración comercial, de integración económica, para dotar a ese mercado regional de seguridad jurídica —tanto *ad intra* como *ad extra*— creo que uno de los puntos claves para un buen funcionamiento del arbitraje comercial internacional es, al fin y al cabo, cómo se solucionan los aspectos de fondo. Porque no debemos olvidarnos que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias, es un procedimiento, pero al final siempre hay una contienda jurídica que se va a resolver la mayor parte de las veces conforme a derecho y, por tanto, conforme a normas sustantivas. Por ello la seguridad jurídica exige no solamente previsibilidad en el procedimiento, previsibilidad en lo adjetivo, sino también confianza, seguridad en lo sustantivo, en el fondo del asunto, en la ley que va a regir esa controversia.

El derecho aplicable al fondo debe estar reglamentado de forma que sirva a las partes y no a los árbitros. Esto es algo que hay señalar desde el principio. Voy a hacer una propuesta que en ciertos puntos puede parecer sorprendente, y desde luego crítica con algunos planteamientos muy extendidos, pues la práctica de la ley aplicable al fondo de la controversia a menudo sirve a los árbitros pero no sirve a las partes. Y debe servir a las partes porque debe dotarlas de previsibilidad y seguridad jurídica, y quienes pagan el arbitraje son las partes. Quien cobra es el árbitro y quien debe responder y hacer el trabajo es el árbitro.

Por tanto, el primer principio es la autonomía de las partes, pero el segundo principio es que la ley aplicable al fondo debe exigir una cierta labor por parte de los árbitros en su fundamentación y además los árbitros deben garantizar que las partes puedan debatir sobre esa cuestión. Es su responsabilidad que haya un debate procesal sobre el fondo.

Como introducción general, evidentemente puede hacerse un análisis muy distinto del problema en el arbitraje comercial o en el arbitraje de inversiones. En el arbitraje de inversiones, todos sabemos, hay una incidencia del derecho internacional, por el carácter público de la controversia, normalmente mucho más cruda y por tanto los problemas son parcialmente diferentes, aunque comparten muchos aspectos con la determinación de la ley aplicable al fondo en el arbitraje comercial.

Por otra parte, me voy a referir al arbitraje de derecho, no al arbitraje de equidad. Aunque podamos hacer alguna referencia a este último, puesto que hay relaciones y hay canales de comunicación, y a veces de contaminación, bastantes peligrosos; en un sistema moderno de arbitraje el principio es que el arbitraje de equidad solo funciona en defecto y, por tanto, si las partes lo solicitan. En principio, el arbitraje de derecho es el que prima.

De otro lado, ya lo ha dicho el profesor Fernández Rozas y yo no voy a insistir en ello, la ley aplicable al fondo debe ser distinguida de la *lex arbitri* o de la ley aplicable al procedimiento que deriva en cierta

medida, o principalmente, de la sede del arbitraje, y que va a abordar —sobre todo en defecto de una reglamentación *ad hoc*— las cuestiones procesales, que son muy importantes y a veces difíciles de diferenciar de las cuestiones sustantivas. Ello nos lleva a problemas de delimitación entre la *lex arbitri* y la ley aplicable al fondo. Hay que distinguir también esta última de la ley que rige el convenio arbitral, la cláusula arbitral, que como todos sabemos es una cláusula independiente cuya validez es asimismo independiente de la validez del contrato, pudiendo tener su propia ley.

Me voy a referir, pues, estrictamente a la ley aplicable al fondo del arbitraje, y voy a hacerlo partiendo de una clasificación muy sencilla de las funciones que cumple esa ley. ¿Para qué sirve la ley aplicable al fondo de la controversia? Pienso que es importante distinguir tres funciones. Voy a negar una de ellas, en contra de la mayoría de las opiniones. Básicamente la ley aplicable al fondo tiene tres funciones, sirve al árbitro para tres cosas. La primera, para interpretar. Si hablamos de un contrato, se trata básicamente de reclamaciones contractuales y las cláusulas contractuales hay que interpretarlas. Pueden ser ambiguas, oscuras, y la primera función es interpretativa.

En segundo lugar, una función completiva. Los contratos pueden plantear lagunas de reglamentación, pueden tener vacíos que hay que rellenar. Y por tanto la ley aplicable al fondo nos sirve para completar el régimen jurídico del contrato. Si se quiere, es también una función integrativa o interpretativa en un sentido más estricto.

Pero hay una tercera función, que es la que yo quiero negar en principio, y es la función restrictiva. En el derecho internacional privado la ley aplicable al fondo, la ley aplicable al contrato, tiene como función adicional hacer un control de la validez de las cláusulas contractuales. De manera que se afirma, como un principio general, que son nulas aquellas cláusulas contrarias a las disposiciones imperativas de la ley aplicable al fondo del contrato. En el arbitraje comercial internacional específicamente, y lo creo también para los conflictos jurisdiccionales en el derecho internacional privado, debemos negar la función restrictiva de la *lex causae*, de la ley aplicable al contrato. ¿Sobre qué base? En primer lugar, en el ámbito del arbitraje la fuente primera del fondo del asunto es el contrato. Así lo dice el artículo 28.4 de la Ley Modelo UNCITRAL, o lo podemos encontrar, no en el artículo 15 por ejemplo del Acta Uniforme de la OHADA, pero sí en el artículo 17 del Reglamento de la Corte Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA. Está también presente en el artículo 1.5 de los principios UNIDROIT. Todos ellos refieren que la primera ley del arbitraje es el contrato y cuando las partes incluso eligen la ley aplicable al contrato hay que partir del principio que las partes no quieren la aplicación de una ley que va a anular cláusulas contractuales, y si lo pretenden debe ser porque así claramente se infiere de sus estipulaciones. De lo contrario, la única presunción razonable es que las partes quieren hacer prevalecer las cláusulas contractuales que han negociado y adoptado frente a una eventual contradicción con una ley aplicable que puede resultar sorpresiva. Cuando las Partes eligen, por ejemplo, los principios UNIDROIT, se excluyen los principios que pueden ser contradictorios con las cláusulas contractuales. En principio, pues, no parece razonable que una ley elegida que puede no tener ninguna vinculación con el contrato deba poder anular las cláusulas contractuales. Por supuesto, esto no tiene nada que ver con que puedan intervenir normas imperativas de la ley del contrato y de otros sistemas, que es el contrapunto que voy a defender al final.

Entrando en las formas de determinación de la ley aplicable al fondo, hemos de analizar en primer lugar la elección de la ley aplicable. Todas las reglamentaciones, reglamentos en materia de arbitraje y leyes arbitrales, reconocen que el derecho aplicable en primer lugar es el que las partes eligen. Pero ninguno de estos reglamentos dice si es una elección expresa o tácita. Se suele admitir, porque así se admite en el derecho internacional privado, que la elección puede ser expresa o tácita. A mi juicio, habría que eliminar la posibilidad de elección tácita de la ley aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional. ¿Por qué? Porque es una fuente de inseguridad jurídica, y voy a tratar de explicarlo. La experiencia nos

dice, en el derecho internacional privado, que la posibilidad de elección tácita de la ley aplicable es una interpretación del contrato que genera un círculo vicioso porque, ¿cuáles son los elementos de elección tácita de la ley aplicable? Son de dos tipos. El propio contrato puede contener alguna referencia a la sede arbitral, puede estar redactado en un idioma, hacer referencia a determinadas instituciones de un sistema jurídico. También hay elementos externos como la conducta de las partes durante la negociación del contrato o subsiguiente a su celebración. Todos esos elementos pueden llevarnos a interpretar que hay una voluntad tácita de elegir un derecho aplicable. Ahora bien, para llegar a esa conclusión, tenemos que aplicar un derecho y esto genera un círculo vicioso, porque en los países romano-germánicos, para interpretar un contrato utilizamos todos los elementos contextuales. No solamente los que están dentro del contrato, sino los que están fuera de éste. Sin embargo, en los sistemas tributarios del derecho inglés del *common law*, la conducta o los elementos externos al contrato no se tienen en cuenta a la hora de inferir la voluntad tácita. Esto provoca que, aplicando por ejemplo los reglamentos comunitarios que establecen la elección tácita de la ley aplicable, se interprete de manera totalmente deforme en Inglaterra, en Alemania, o en Francia. También les plantea problemas tanto al árbitro como a las partes. El árbitro puede interpretar que hay una voluntad tácita cuando no la hay. La otra parte puede decir que eso no era lo que habían acordado, que es una interpretación del árbitro, que no está de acuerdo, que ella confiaba en la aplicación del derecho aplicable que emanaba en defecto de elección. Se puede dar lugar incluso a un control de nulidad del laudo, como luego veremos. Es decir, genera una desestabilización. Hay autores franceses que han dicho, por ejemplo, que cabe elección tácita, pero siempre y cuando interpretemos esa elección tácita a partir de los elementos intrínsecos del contrato. En definitiva, creo que el sistema más eficiente debe proponer que, para que haya una elección del derecho aplicable, tiene que ser expresa. Eso no impide que si el contrato tiene elementos de conexión con un determinado sistema, en defecto de elección el árbitro puede interpretar que es el derecho más apropiado para regir el asunto. Pero lo interpreta en defecto de elección, no como el fruto de la elección tácita de las partes. Tal sería un sistema de mucha mayor seguridad jurídica.

En cuanto al objeto de la elección, podría ser por supuesto una elección genérica del derecho de un país, un derecho estatal. También puede ser una elección estabilizada: elegir el derecho de un país en un momento determinado sin contemplar las sucesivas reformas legales. Cuando se elige un derecho estatal, hay muchos problemas de aplicación que pueden suscitarse, pero el fundamental es el problema del conocimiento del derecho estatal por parte de los árbitros. Aquí nos encontramos con que no todos los derechos estatales operan en un plano de igualdad. Si las partes eligen el derecho inglés, se supone que es un derecho tan conocido que no plantea problemas, que los árbitros lo conocen o que incluso las partes pueden debatir sobre él con cierta normalidad. Pero hay veces que el derecho aplicable no es el derecho inglés. Hay veces que el derecho aplicable es el derecho cubano, el derecho libio, el derecho boliviano, o el derecho egipcio. Y a veces los árbitros no son cubanos, libios, bolivianos ni egipcios y hay que decirlo. A veces a los europeos nos cuesta mucho interesarnos, no ya conocer, sino simplemente interesarnos sobre qué dicen esos derechos. En tales casos, si las partes no tienen una conducta procesal suficiente y cautelosa, e incluso teniéndola y aportando documentos y sentencias del país de origen, cómodamente nos refugiamos en que el derecho estatal es difícil, impreciso o está inspirado en el derecho de la metrópoli, y acabamos interpretando el cálculo de intereses en el derecho egipcio conforme al derecho francés, en virtud de dudosas presunciones de identidad. Se trata de una actitud que hay que criticar y que hay que mejorar. Cuando el derecho aplicable es el de un Estado, hay fórmulas perfectamente factibles para conocer cabalmente ese derecho. Si los árbitros no poseen ese conocimiento, en el acta de misión, o en el desarrollo del procedimiento, deben advertir a las partes de la necesidad de aportar esos elementos probatorios y aplicarlos al fondo.

Por supuesto, también se puede elegir un derecho no estatal. Es un opción que, aunque literalmente en muchos reglamentos no se deduce, hoy en día está genéricamente admitida, y las partes pueden elegir,

por ejemplo, los principios UNIDROIT o cualquier otro derecho armonizado que no esté en vigor, un convenio internacional que tampoco sea aplicable, o una ley modelo. Hay una gran libertad para elegir el derecho aplicable que no tenga una naturaleza estatal. Luego volveré sobre esto.

Obviamente, también se puede elegir la *Lex Mercatoria*. Cada uno se suicida como quiere. Por tanto, en un contrato internacional a veces para resolver un *impasse* se puede elegir la *Lex Mercatoria*. Y digo que es un suicidio, porque no sé muy bien que estamos eligiendo cuando elegimos la *Lex Mercatoria*. Para empezar, lo decía el profesor Fernández Rozas, hay muchos conceptos de *Lex Mercatoria*. Hay un concepto estricto, que está muy cerca de los usos del comercio internacional, como un derecho que emana de los particulares, de los operadores, de las prácticas comerciales que se pueden acreditar. Y hay usos comerciales específicos en determinados ramos, o generales del comercio internacional. Hay instituciones como la Cámara de Comercio Internacional que tiene unas reglas en muchos ámbitos, generalmente extendidas. En materia no sólo de compraventa, sino también de crédito documentario y en otros ámbitos donde podemos inducir una práctica comercial generalizada.

Pero a veces el término se utiliza en un sentido mucho más amplio y es *Lex Mercatoria* todo lo que no es derecho estatal. Ahí tengo mis reservas. Porque la *Lex Mercatoria*, por ejemplo, no puede ser como ha dicho un autor "la jurisprudencia arbitral". Que yo sepa, existe un "judge made law", pero los árbitros no crean derecho y menos jurisprudencia. Luego la práctica no es de los árbitros, es de los operadores. Los árbitros no son comerciantes, no generan prácticas comerciales, generan decisiones, singulares por cierto. Por tanto, no tiene nada que ver con la *Lex Mercatoria*.

Se dice también que, y esto es algo todavía más grave, que los principios UNIDROIT reflejan la práctica del comercio internacional. Quien diga eso jamás ha hecho un estudio de derecho comparado, porque los principios UNIDROIT contienen reglas absolutamente novedosas en muchos puntos que no están suscritas por los principales sistemas jurídicos más frecuentes en el comercio internacional. Por ejemplo, el derecho inglés o el derecho francés no contemplan para nada algo que se contempla en el artículo 6 de los principios UNIDROIT, que es el régimen del *hardship* o de la excesiva onerosidad. Luego, ¿cómo vamos a poder decir que son principios universales cuando hay tantos sistemas tributarios del derecho inglés y del derecho francés en el mundo que no comparten esos principios?. Será una propuesta —o una apuesta—, pero no podemos decir que sea una práctica del comercio internacional.

Esto implica que hay un riesgo cuando utilizamos la *Lex Mercatoria*, porque, dada la imprecisión del término, el árbitro tiene una tendencia a buscar algún instrumento de objetivación, y ese instrumento de objetivación son los principios UNIDROIT. Le han dado un texto, pero ese texto no es la *Lex Mercatoria*. En algunos aspectos, sí puede justificar alguna codificación de la *Lex Mercatoria*, pero en otros no. Hay que justificar y fundamentar punto por punto si cada uno de esos artículos de los principios UNIDROIT que está empleando refleja una práctica generalizada del comercio internacional. Para esto obviamente, hay que tener una formación de derecho comparado.

Ocurre lo mismo con los principios generales del derecho. Y en este punto algo llama poderosamente la atención: Hay muchísimos textos y manuales de arbitraje comercial internacional que reservan un apartado los principios; afirman que es un principio del comercio internacional y de la práctica comercial internacional el *pacta sunt servanda*. ¡Hasta ahí podríamos llegar!. "Los pactos deben ser cumplidos", por supuesto, en todo el mundo. Alguien que dijera: "los pactos no son cumplidos" ya estaría negando la premisa mayor, pues no serían pactos. Ahora bien, ¿cómo se puede resolver un caso con este principio? Yo no lo concibo. Yo no conozco ningún caso, ni interno ni internacional, que se pueda resolver a través del *pacta sunt servanda*. El problema no es que los pactos deben ser cumplidos, el problema es cuándo hay una excepción para que no sean cumplidos. ¿Cuándo se puede alegar fuerza mayor? ¿Cuándo se puede alegar cambio de circunstancias? ¿Cuándo frustración del contrato? Y, sobre todo, hay que

determinar en qué consiste incumplir un contrato y si dicho incumplimiento concurre. E invitaría a cualquiera a que demuestre si existe en el derecho comparado un principio generalmente aceptado sobre esos extremos. Reto a cualquiera a que intente demostrar que, salvo en la fuerza mayor, donde podríamos llegar a un acuerdo por imposibilidad física o imposibilidad material, existen principios generalmente aceptados sobre tales extremos.

Vayamos, en segundo lugar, a la buena fe. Ayer hablaba sobre esto Bernardo Cremades, para mí un profesor, además de un árbitro. Decía que hay laudos de la Cámara de Comercio Internacional que plantean que la buena fe es un principio. Hablamos de la buena fe negocial, no la buena fe en la ejecución del contrato. Y ciertamente nada es más falso que afirmar un principio tal en del comercio internacional, dentro de las prácticas comerciales y de la *Lex Mercatoria*. Nada más falso: en el derecho anglosajón lo que prima es el respeto comercial a la mala fe negocial. Si nos paramos a pensar, buena parte del marketing es consustancial a la mala fe negocial. Es mala fe comercial presentar lo mejor de un producto y ocultar lo malo. Y los ingleses saben vender bastante bien, y hay que aprender de ellos sobre su forma de vender. Y ellos no reconocen, salvo excepciones, la buena fe negocial. ¿Cómo podemos decir que es un principio del comercio internacional si, aún cuando no puedan decir mentira, pueden callar la verdad? Pueden callar información durante la negociación del contrato sin tener responsabilidad. Si les preguntamos, tienen que decir la verdad, pero si callan no otorgan. Mientras que nuestro concepto de buena fe negocial en los sistemas romano-germánicos implica un mayor compromiso negocial. Tenemos que facilitar a la otra parte toda la información que pueda ser relevante para que adopte su decisión. Luego, ¿hay un principio de buena fe? Es como no decir nada. ¿Cuál es el alcance de la buena fe, cómo se precisa? Aquí la *Lex Mercatoria* no nos va a aportar absolutamente nada. Por tanto, repito mi planteamiento de que la *Lex Mercatoria* en un contrato es un suicidio en toda regla. Afortunadamente no se suele emplear esta cláusula, salvo para algún *impasse* muy complicado.

Si las partes no eligen la ley aplicable —omisión que no es aconsejable— hay que determinar objetivamente la ley aplicable. Siempre es preferible la elección por las partes, pero hay que saber que estamos eligiendo. Muchas veces se elige la ley aplicable sin conocer las consecuencias. No es lo mismo elegir el derecho inglés que el derecho suizo. Para empezar, si elijo el derecho inglés el contrato tiene 200 páginas; si elijo el suizo, tiene 20. Si opto por el derecho inglés, tengo que prever todas las circunstancias con máximo detalle en el contrato. Pero con frecuencia el derecho no se elige, y no se elige por circunstancias variopintas; a menudo porque cada parte quiere imponer el suyo; al final no se impone ninguno y se deja la cuestión abierta.

Se plantea, entonces, el problema de la ley aplicable en defecto de elección. Aquí tenemos básicamente dos opciones y me llama la atención porque las dos opciones están previstas de manera distinta en los dos textos que ayer comentábamos de la OHADA, y podemos tener una representación de las dos. Ya señalaba el profesor Fernández Rozas que la primera, que está presente aún en la Ley Modelo de UNCITRAL, es la vía indirecta. Normalmente en estos reglamentos, los árbitros, cuando las partes no eligen la ley aplicable, pueden utilizar las normas de conflicto que estimen apropiadas al caso. Se utiliza este término “las normas de conflicto que estimen apropiadas”. Esta es una mención clásica, propia de los años setenta, pero que sigue siendo excesivamente conflictualista: es una vía indirecta y en el fondo plantea un problema: que las normas de conflicto remiten a un derecho estatal. Si utilizamos *stricto sensu* el término “norma de conflicto”, la norma de conflicto remite a un derecho estatal, como, por ejemplo, pone de relieve la formulación de la ZPO alemana o la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado en sus normas sobre ley aplicable al arbitraje. También se contiene esta mención en el artículo 17 del Reglamento de la Corte Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA. Dice literalmente: “à défaut d’indication par les parties du droit applicable, l’arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu’il jugera appropriée en l’espèce” (en defecto de elección por las partes de la ley

aplicable, el árbitro aplicará la ley designada por la norma de conflicto que estime apropiada al caso). Utiliza el mismo término que la Ley Modelo. Ya veremos luego que el Acta Uniforme utiliza otra mención.

¿Qué se entiende por sistema conflictual apropiado? Desde luego, hay que descartar la utilización de las normas de conflicto de la *Lex arbitri*, de la ley de la sede. No descartarlo de manera directa, pero al menos no tomarlo como la única solución, ya que la sede puede ser algo diverso. Puede tener una conexión poco relevante y el árbitro no debe estar constreñido a la utilización de las normas de conflicto de la *Lex arbitri*.

Se puede utilizar un modelo de acumulación o cumulativo. Pongo un ejemplo sencillo: si tenemos un arbitraje entre dos partes que son europeas, una parte española y otra francesa, ¿cuáles van a ser las normas de conflicto apropiadas? Es muy fácil que el árbitro utilice las normas de conflicto del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, porque es la misma norma de conflicto vigente en España y Francia. Por tanto, ahí la solución es bien sencilla. En otros ámbitos el árbitro puede comparar distintas normas de conflicto y a veces puede dejarse llevar por el resultado. Es decir, elige la norma de conflicto porque le va a llevar a la ley que él cree es la más adecuada, por lo cual acaba siendo más bien una solución directa que indirecta.

En otros casos el árbitro lo tiene más difícil, porque la ley alemana o la ley suiza le obligan a elegir no la norma de conflicto, sino la ley que presenta una mayor proximidad, la ley más estrechamente vinculada. Esta mención la descartaría de un reglamento, si estamos por ejemplo hablando de un hipotético reglamento de arbitraje en OHADAC. ¿Por qué? Pues porque obliga a elegir la ley de un Estado. Porque, por definición, las normativas anacionales o no nacionales no tienen ubicación geográfica, no tienen proximidad. Si utilizamos el principio de proximidad, tenemos que elegir la ley de un Estado. Los principios UNIDROIT, por poner el caso, no tienen proximidad. Los convenios internacionales no tienen proximidad.

Esto nos lleva a que, a mi juicio, el modelo más adecuado es una vía directa. En defecto de elección por las partes —como dicen la ley francesa, la ley española, el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional o el de la Corte de Arbitraje de Londres—, el árbitro va a elegir las normas de derecho que considere apropiadas. Y por tanto va a elegir directamente el derecho aplicable, ya sea un derecho nacional o un derecho anacional. Esta opción tiene además otra virtud, y entronca con mi primera parte, y es que evita la antipática función restrictiva de la *lex causae*. Decía en un principio que el derecho aplicable al fondo no debe anular los pactos de las partes. Debe presumirse que, en principio, es compatible con los pactos de las partes. Si un árbitro, ante un procedimiento en que las partes no han elegido la ley aplicable, tiene que elegir con plena libertad las normas de derecho aplicable que considera más apropiadas, ¿sería razonable que eligiera unas normas que anulan los pactos de las partes? A todas luces, no. No sería razonable, no creo que ese sea un concepto de “algo apropiado”. No va a elegir un sistema que anula los pactos contractuales y por tanto yo creo que justificaría esta opción.

Evidentemente, creo que el árbitro aunque tenga libertad, no tiene libertinaje para elegir esa ley, y de alguna manera debería hacer constar por qué ha elegido ese derecho y por qué lo considera más apropiado. De alguna manera sería bueno que pudiera fundamentar esa decisión y, además, participársela a las partes en un momento procesal en que pueda haber un debate sobre el fondo de la cuestión. Es algo que no puede estar resuelto en el laudo. Es algo que hay que resolver antes del laudo para facilitar el debate entre las partes.

Para esto hay soluciones, tanto en una como en otra vía. Soluciones que han sido analizadas. El profesor Fernández Rozas ha trabajado mucho sobre el tema. La doctrina del tronco común, la doctrina del mosaico, la doctrina de los falsos conflictos. Es decir, los árbitros tienen una gran libertad para

establecer, por ejemplo, incluso una aplicación cumulativa de dos leyes materiales distintas, buscando el tronco común. En el fondo, es una herencia de una técnica de contratación internacional que es la doctrina del *knock out*, cuando hay un *battle of forms*, un intercambio de condiciones generales contradictorias y lo que se suele hacer, o para mí la mejor solución, es comparar entre esas condiciones generales cuales son comunes, cuales son compartibles y descartar las que no lo son y hacer una aplicación de los elementos comunes de las leyes involucradas. Un árbitro con conocimientos suficientes de derecho comparado puede hacer una labor adecuada y correcta de todas estas técnicas de elección del derecho más apropiado.

Volviendo al tema de la objetivación del derecho aplicable, cuando el árbitro tiene que elegir la ley aplicable en defecto de elección, debe ser muy cauto a la hora de elegir normas no estatales. En el fondo las normas estatales tienen alguna vinculación con el contrato. Cualquier contrato tiene un país de ejecución y el país de ejecución del contrato es el índice mayor de proximidad, después de la voluntad de las partes. Si un árbitro tiene que decidir libremente si aplica o no un derecho estatal, para excluir un derecho estatal que tiene una gran proximidad con el asunto tiene que ser cauto. Puede sentirse inclinado a pensar: “bien, estamos en un ámbito internacionalizado, ¿por qué no elegir los principios UNIDROIT? Todos estarán a gusto. Además están expresados en varios idiomas y son cognoscibles por todas las partes”. Ésta no es una decisión que el árbitro pueda hacer sin motivar. Los Principios UNIDROIT no son un reflejo de los principios generalmente aceptados, y por tanto yo me cuidaría mucho de hacer una incorporación como árbitro de los principios UNIDROIT que no han sido elegidos por las Partes y de aplicarlos en bloque a un contrato, omitiendo quizá las reglas del país de ejecución. Por ejemplo, si yo tengo que ejecutar el contrato en Francia o en un país de tradición francesa, o en Inglaterra —o en un país de tradición inglesa—, tales países tienen unas normas sobre exoneración de la responsabilidad por incumplimiento del contrato debido a un cambio de circunstancias que provoca una excesiva onerosidad, que no permiten la adaptación del contrato por el árbitro, sino, según los casos, a resolución o el cumplimiento obligado del contrato. Si las partes no han pactado otra cosa, ¿cómo voy como árbitro a elegir los principios UNIDROIT implicando una sorpresa para las partes absoluta y hacerlo porque esos principios reconocen al árbitro la posibilidad de adaptar el contrato, que es una opción básicamente germánica e italiana, inspirada en el derecho alemán y en el derecho italiano que las partes no pudieron nunca prever? En todo caso, las partes se situarían más cerca, si no han elegido la ley aplicable, de lo que serían las normas sobre incumplimiento del contrato del país de ejecución.

Creo que el árbitro, si va a alterar un poco una solución de referencia al derecho estatal, debería justificar por qué hace esto, por qué elige los principios UNIDROIT, ¿o es que es una inspiración de derecho natural?. Y hay laudos de la Cámara de Comercio Internacional, concretamente, donde algunos árbitros con mucho criterio vienen a decir que efectivamente los principios UNIDROIT están muy bien para apoyar, para interpretar, para completar algunos derechos nacionales. Pero cuando se aplican a costa de los derechos nacionales, en contra de los derechos nacionales, el árbitro debería reflejar y debería justificar por qué cree que fundamentan principios generalmente aceptados en el comercio internacional, y no aplicarlos directamente. Obviamente, es un ejercicio mucho más delicado. Requiere del árbitro mucha más sutileza, porque en el fondo, y vuelvo al principio, la clave es darle a las partes previsibilidad y seguridad jurídica, incluso cuando no eligen la ley aplicable.

En el caso de los usos comerciales, obviamente, ocurre como con los pactos entre las partes. Los usos comerciales se aplican siempre, y en principio nunca en contra de los pactos contractuales por supuesto: los usos comerciales son disponibles. Pero en principio, sea cual sea la ley aplicable al contrato, el árbitro puede utilizar los usos comerciales, los usos mercantiles, en una labor interpretativa, en una labor completiva del contrato, sobre todo si plantea lagunas o problemas de interpretación. En la práctica, la aplicación de los usos suscita un problema de la prueba e implica también que tengamos en cuenta las

normas sobre procedimiento. La propuesta que hacía Alejandro Garro ayer es esencial. Un reglamento de arbitraje debe tener mucho cuidado con los aspectos probatorios. El profesor Fernández Rozas insistía también esta mañana que suelen ser los que plantean mayores problemas de reglamentación.

Los principios generales del derecho, vuelvo otra vez a esa idea, por supuesto que también son un elemento más del razonamiento del árbitro. No sé si utilizar esa expresión al uso en los viejos arbitrajes: "las naciones civilizadas", porque yo no sé cuáles son las civilizadas y cuáles las no civilizadas. Y el concepto de civilización es un concepto jurídico muy indeterminado. A veces si hablamos de civilización como avance tecnológico, hay tecnologías que son verdaderamente bárbaras. Por tanto, no voy a utilizar esta expresión pero sí señalar un dato. En muchos arbitrajes, los principios generales del derecho no son los principios generales del derecho internacional, sino una excusa para eludir el derecho aplicable al fondo. Los principios generales, la *Lex Mercatoria*, son conceptos tan indeterminados que a veces nos llevan a la equidad. El árbitro decide dar una solución en equidad. La equidad implica que nos sometamos al leal saber y entender de ese árbitro. Y ese árbitro puede emplear una concepción de la justicia vulgar, una concepción de lo justo vulgar. Puede utilizar normas jurídicas, grandes principios, grandes valores del derecho. Pero lo que no puede hacer un árbitro cuando hay un arbitraje de derecho es eludir la aplicación y la búsqueda del derecho aplicable al fondo, escudándose en unos presuntos principios generales del derecho, en una presunta *Lex Mercatoria*, para justificar una decisión en equidad. Si las partes no han elegido un arbitraje de equidad, quieren un arbitraje fundado en derecho. Por tanto no basta una mera referencia a la *Lex Mercatoria*, una mera referencia a los principios generales del derecho. Si utilizamos estos criterios como algo distinto a la equidad, como dotados de un contenido esencialmente jurídico, el árbitro está obligado a justificar y a motivar por qué esos principios, por qué esa interpretación a su juicio responde a una práctica consolidada, uniforme, en el comercio internacional, y no es una manera de eludir la búsqueda del derecho aplicable, como ha ocurrido en ocasiones. Incluso los *iluminati* han planteado que es increíble que un árbitro pueda decir que no existe en el derecho egipcio la determinación del *dies a quo* para el cálculo de los intereses, y que por tanto es una laguna en el derecho egipcio. No: es una laguna del árbitro, porque es impensable que en la jurisprudencia egipcia no tenga que dictar a diario decisiones condenando al pago de intereses, que por supuesto tiene que tener un criterio sobre la determinación del *dies a quo* del cálculo de intereses. Lo que ocurre es que el árbitro no ha querido buscarlo, y a lo mejor las partes han sido torpes a la hora de hacer la prueba.

Para cerrar el círculo, nos queda el problema de las normas imperativas. Fíjense que yo les he propuesto un sistema que es bastante radical. La ley aplicable al contrato solo sirve para colmar las lagunas del contrato e interpretar los términos ambiguos u oscuros, pero no limita la autonomía de las partes, no anula ninguna cláusula contractual. ¿Por qué? Porque yo creo que la intervención de los intereses públicos, de los intereses estatales, debe venir por otra vía, por una vía de excepción que es la aplicación de las normas imperativas. Al igual que defendiendo esta posición liberal sobre la ley aplicable al fondo, defendiendo una posición no tan liberal sobre el juego de las normas imperativas, particularmente de las normas del país de ejecución del contrato.

No creo que deban aplicarse las normas imperativas de la ley del contrato. Tampoco creo que debieran aplicarse las normas imperativas de la *Lex arbitri*, ni la ley de la jurisdicción secundaria. Aunque en la práctica sé muy bien que cuando el árbitro va a dictar su laudo arbitral en una sede determinada no quiere que le anulen el laudo, y va a tratar de respetar tanto las normas de policía (*les lois de police*), las normas de orden público de la sede arbitral, como eventualmente de la jurisdicción secundaria donde el laudo deba ser sometido a exequátur. Pero tampoco creo que haya una justificación razonable, como ocurre en la Ley Federal suiza, para aplicar las normas imperativas de lo que sería "la ley del foro", la *lex arbitri*. Creo que la ley de cualquier Estado, la norma imperativa de cualquier Estado, es susceptible de

ser aplicada: de cualquier Estado que tenga una conexión clara con el contrato, particularmente del país de ejecución del contrato, y que presente un interés público digno de protección y reconocido con carácter general.

Evidentemente la norma imperativa de ese Estado cualquiera —que puede ser la de la *Lex causae*— puede también ser la *Lex arbitri* porque es una ley muy conectada con el supuesto, o puede ser la de un tercer Estado por las mismas razones, pero a veces interviene como un puro hecho, como un tsunami. Así ocurre cuando, por ejemplo, el Presidente de los Estados Unidos, a resultas de una catástrofe medioambiental como la que está ocurriendo en el Golfo de México, establece normas que afectan el funcionamiento de todas las plataformas petrolíferas que hay en las costas norteamericanas, con una repercusión inmensa en la ejecución de contratos, en el cumplimiento de las entregas, en la producción.

Esa norma norteamericana, que está justificada, porque son las costas de Estados Unidos las que están en riesgo, y Estados Unidos tiene derecho a proteger su medioambiente y a prever no se repitan en el futuro catástrofes de ese tipo, va a afectar como si hubiera habido un tsunami que hubiese barrido todas las plataformas de la costa, y hay que tenerlo en cuenta como un hecho. Pero a veces hay que tenerlo en cuenta también como derecho. ¿Y cuál es el fundamento para tener en cuenta las normas imperativas de intervención económica de los Estados? Hay quien habla de la armonía internacional. Sinceramente, no creo en la armonía internacional como un valor jurídico en el arbitraje comercial internacional. Creo que hay otros valores. En primer lugar, la previsibilidad de las partes, porque cuando una parte hace un contrato internacional que debe ser ejecutado en un país, para ella es perfectamente previsible y perfectamente exigible adaptarse a las normas medioambientales, a las normas de ejecución del contrato, a las normas sobre libre competencia, a las normas societarias de ese país, y nadie puede alegar cuando va a ejecutar un contrato en otro país que la aplicación de esas normas le resulta inopinada. Y, en segundo lugar, porque hay un respeto, que debe primar en el comercio mundial, a los intereses de la soberanía de los Estados en el mantenimiento de políticas perfectamente legítimas como pueden ser la libre competencia, la protección del medioambiente, la protección de la salud, etc.

Semejante aplicación encuentra el límite de las normas contrarias al orden público transnacional: obviamente no se puede aplicar una ley de intervención política, como la *Ley Helms Burton*, porque no es una norma legítima, sino que va en contra de los intereses del comercio internacional. Al contrario, nos referimos a normas que superan un test de admisibilidad internacional: principios de protección de la salud, del medioambiente, de la soberanía sobre los recursos mineros, etc.

Se puede defender, pues, un principio del derecho internacional privado — un auténtico principio general — de aplicación de las normas imperativas de un tercer Estado en el ámbito del arbitraje. Así lo ha mantenido la propia Cámara de Comercio Internacional, actuando como *amicus curiae*, ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Mitsubishi*. Hay una tendencia creciente en los arbitrajes internacionales a tomar en consideración las normas antimonopolio, de la libre competencia y otras normas de policía que expresan intereses públicos promulgados por un Estado que tenga una relación estrecha con los hechos del caso, incluso si la ley de este Estado no es la que rige el contrato en virtud de la elección por las partes o en defecto de elección conforme a las normas de derecho aplicable.

Ahora bien, ¿cómo juega la ley aplicable al fondo en el control del laudo? Si establecemos un sistema exigente para los árbitros que garantice la verdadera voluntad de las partes, el principio de autonomía — y yo defiendiendo ese principio, quizás frente a los árbitros—, y exigimos que los árbitros hagan bien su trabajo y fundamenten la decisión sobre el derecho aplicable, algún control tiene que haber. Si no, lo que estamos haciendo es un brindis al sol. No estoy convencido, no soy un iluminado tampoco en este aspecto, de que el mejor modelo arbitral sea un modelo sin control. Ese es el mejor modelo arbitral para los árbitros, pero para las partes. Creo que debe haber un control que no perjudique la seguridad jurídica,

que no perjudique la eficiencia de los laudos, pero que garantice un mínimo de seguridad jurídica y de equidad. Por tanto, no estoy en contra de un sistema limitado, eso sí muy limitado, de control del laudo arbitral, tal como existe en la mayoría de los sistemas actuales. No hay que modificar esas normas y esos criterios; no hay que recurrir incluso al orden público, que me parece un motivo de oposición a veces antipático, para hacer un control de la ley aplicable al fondo por parte de los árbitros.

En este punto, habría que distinguir tres aspectos. En un arbitraje de equidad es muy difícil que haya un control, porque en el fondo el arbitraje de equidad lo que hace es entregar al árbitro la posibilidad de decidir *ex aequo et bono*. No es como le venga en gana, pero casi. Bastaría una mera referencia a criterios muy generales para que el laudo estuviera fundado. También es difícil el control cuando las Partes no han elegido la ley aplicable. Hemos visto que en este caso el árbitro tiene una gran libertad para determinar las normas apropiadas aplicables al caso. Pero al menos tiene que haber un control indudable, aunque a veces se dude, cuando las partes han elegido un derecho estatal aplicable que no ha sido tomado en consideración por el árbitro, o que el árbitro ha sustituido mediante una solución de reemplazo por un sistema vecino o por los principios generales del comercio internacional, o por la *Lex Mercatoria*. Si hay una sustitución o una solución de reemplazo, el laudo debe justificarlo. Si nos hemos sometido al derecho cubano, el árbitro ha de aplicar el derecho cubano, y si no lo aplica debe decir por qué no lo aplica. Debe determinar dónde está la laguna, debe decir por qué ha recurrido a otro derecho en sustitución. Si presume que hay una identidad debe demostrarla, no lanzarla al aire como un principio; debe motivar esa decisión contraria a la voluntad de las partes, porque, si no lo hace, está actuando más allá de su mandato. Digamos *extra vires*, *ultra vires*, *extra petita*, *infra petita*, como quieran llamarlo, pero está actuando en contra del mandato de las partes y este es el motivo de anulación por excelencia. Luego, si las partes se han tomado la molestia de elegir el derecho aplicable y han hecho sus cálculos comerciales sobre la base de ese derecho, el árbitro debe aplicarlo y, en caso contrario, someterse al resultado de la reclamación.

Evidentemente también se podría utilizar alguna fórmula como la del orden público. Es algo más raro, pero en los sistemas como Estados Unidos se utiliza el orden público para lo que ellos llaman un manifiesto desprecio de la ley aplicable (*manifest disregard of the law*). Cuando hay un desconocimiento manifiesto de la ley aplicable se demuestra a partir de un test muy sencillo: si la norma es clara, precisa y aplicable al caso y el juez tiene conocimiento de ella, si no la aplica se puede justificar también la anulación del laudo.

También, la protección del principio de contradictorio de los derechos procesales puede tener una cierta importancia. El árbitro debe garantizar a las partes un debate procesal sobre la ley aplicable. No puede dictar un laudo sorpresivo que introduzca la ley aplicable en la decisión final. Las partes deben tener la oportunidad de debatir sobre la ley aplicable y el árbitro tiene muchas posibilidades procesales para llamar la atención de las partes sobre el derecho que estima es aplicable al fondo. De manera que las partes, al menos, puedan plantear unas conclusiones, unas posiciones finales en donde puedan debatir y aportar su propia argumentación sobre la ley aplicable. Si no fuera así, esa falta de debate procesal vulneraría el principio de contradictorio y sería contrario a uno de los principios básicos que justifican tanto la anulación del laudo como el no reconocimiento.

Y para terminar, veamos que ocurre con las normas imperativas y cómo se controlan, pues es posible que las partes quieran eludirlas en el contrato. ¿Debe el árbitro aplicar de oficio las normas imperativas? El árbitro corre el riesgo de no respetar el acuerdo de las partes cuando incluso expresamente le dicen que no tenga en cuenta las normas imperativas. ¿Debe aplicar las normas imperativas sin permitir a las partes debatir sobre ellas? Tampoco creo que esto sea posible. ¿Cómo actuaría un árbitro en el caso en que las partes excluyan en el contrato normas imperativas que el árbitro estima que deben ser aplicadas al caso concreto? Yo creo que el árbitro tiene tres opciones. La primera es seguir adelante y aplicar esas

normas imperativas; con ello, evidentemente, se expone a la anulación de laudo. La segunda es no aplicar las normas imperativas y respetar al máximo la voluntad de las partes; también se expone a la no ejecución del laudo. Y la tercera, que yo creo es la más digna en muchos sentidos, es negarse a arbitrar estimando que hay una nulidad implícita del acuerdo arbitral. Esto último es bastante más severo y bastante más rebelde que todo lo que he dicho hasta ahora. En todo caso, no es una idea mía. Hay muchos árbitros, incluso iluminados, que han defendido esta posición. Porque la aplicación de las normas imperativas no solamente es una cuestión de respeto de los intereses de las partes, sino de respeto a las reglas del juego del comercio internacional y el arbitraje no está al margen de esas reglas de juego.

Como verán, yo les ofrezco un modelo quizás audaz de ley aplicable al fondo del arbitraje, que lo que pretende es recuperar para las partes el arbitraje comercial y establecer una mayor exigencia a los árbitros. No sé si ser audaz es bueno en el ámbito del arbitraje, pero sé que es bueno por lo menos en el ámbito de la guerra —eso lo dijo Virgilio—, y sobre todo dicen que es bueno en el ámbito del amor —Ovidio *dixit*—. Algo que es bueno para la guerra y para el amor, debe ser bueno para cualquier cosa.

¡Muchas gracias!