

Recibido: 2 marzo 2107
Aceptado: 17 abril 2017

Arbitraje, vol. X, n° 1, 2017, pp. 15–40

La aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje internacional *

Dário MOURA VICENTE **

Sumario: I. Introducción. 1. El principio *iura novit curia* en la *praxis* arbitral internacional. 2. Cuestiones fundamentales. II. El principio *iura novit curia* en el Derecho comparado. 1. Sistemas de *civil law*. 2. Sistemas de *common law*. III. ¿*iura novit arbiter*? 1. La posición particular del tribunal arbitral respecto a la determinación del Derecho aplicable. 2. Los intereses en presencia. IV. La determinación del Derecho aplicable por los árbitros y sus límites. 1. La determinación del Derecho aplicable por los árbitros. 2. Los principios de igualdad y contradicción y la prohibición de decisiones sorpresivas. 3. Los principios dispositivo y de congruencia. V. Conclusiones.

Resumen: La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional

En el arbitraje internacional el tribunal no decide en nombre de determinado Estado. Se plantea por ello la cuestión de saber si los árbitros pueden aplicar al fondo del litigio reglas de derecho que las partes no hayan invocado en el proceso. No sirven necesariamente para los tribunales arbitrales las reglas que vinculan a los tribunales estatales en cuanto a esta cuestión. Pero tampoco parece adecuado que las partes tengan la libre disposición del Derecho aplicable en el arbitraje internacional. En este estudio se intenta determinar si y en qué medida el tribunal arbitral puede averiguar y aplicar *ex officio* al fondo del litigio reglas jurídicas no alegadas ni probadas por las partes.

Palabras clave: ARBITRAJE INTERNACIONAL — IURA NOVIT CURIA — DERECHO APLICABLE — PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN — PRINCIPIO DISPOSITIVO.

* Ponencia presentada en el XXIX Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (Lima, 12 a 16 diciembre 2016). El autor agradece al Profesor Pedro de Miguel Asensio, Miembro del IHLADI, la cuidada revisión lingüística del presente texto.

** Catedrático de la Universidad de Lisboa. Asociado del IHLADI.

Abstract: The application of the principle iura novit curia in international arbitration

In international arbitration the tribunal does not decide on behalf of a given State. The question thus arises of whether arbitrators may apply to the merits of the dispute rules that parties have not invoked in the proceedings. Rules that bind national courts in this regard are not necessarily suitable for arbitral tribunals. But it does not seem appropriate that parties should freely dispose of the applicable law in international arbitration. This paper discusses whether and to what extent are arbitral tribunals allowed to determine and apply ex officio rules of law that have not been invoked or proved by the parties.

Keywords: INTERNATIONAL ARBITRATION – IURA NOVIT CURIA – APPLICABLE LAW – ADVERSARIAL PRINCIPLE – PRINCIPLE OF PARTY DISPOSITION.

I. Introducción

1. El principio iura novit curia en la praxis arbitral internacional

Nos ocuparemos en la presente ponencia de los problemas planteados por la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional. Empezaremos nuestra exposición por tres casos extraídos de la *praxis* arbitral, que permiten evaluar la relevancia actual del tema, identificar los problemas por él suscitados, así como constatar la pluralidad de soluciones posibles.

Consideremos en primer lugar el caso *Mr. Patrick Mitchell vs. The Democratic Republic of Congo*, decidido por un laudo arbitral adoptado según las reglas del CIADI en 9 febrero 2004, el cuál fue, a su vez, objeto de una petición de anulación decidida el 1 noviembre 2006¹. El arbitraje fue iniciado al amparo del tratado bilateral de inversiones entre los Estados Unidos de América y la República Democrática de Congo (RDC). El demandante era un abogado, Patrick Mitchell, cuyo despacho en Kinshasa había sido cerrado por orden del Tribunal Militar de Congo, en cuya ejecución se aprehendieron documentos y otros bienes existentes y dos abogados que ahí ejercían su actividad profesional fueron detenidos. El Tribunal Arbitral consideró que había ocurrido una expropiación del despacho de Patrick Mitchell por la RDC, que constituía una violación del dicho tratado. En consecuencia, condenó al Estado demandado a indemnizar al demandante. La RDC solicitó en seguida al CIADI la anulación del laudo, invocando, entre otros motivos, que el Tribunal se había extralimitado mani-

¹ Proc. nº ARB/99/7, disponible en <https://icsid.worldbank.org>.

fiestamente en sus facultades al no aplicar el art. X (1) de dicho tratado, que establecía que no afectaba a la aplicación por las partes contratantes de medidas para preservar el orden público o la protección de su seguridad, lo que tendría que haber excluido la responsabilidad de la demandada. El Comité *ad hoc* encargado de examinar la petición de anulación del laudo constató que dicha disposición del tratado no había sido invocada por la RDC en el procedimiento arbitral. Esa disposición podría, si hubiera sido considerada *ex moto proprio* por el tribunal arbitral, justificar las medidas adoptadas contra el demandante, lo que se correspondería con el adagio *iura novit curia*. Sin embargo, añadió el Comité:

“[E]sto no se podía verdaderamente exigir al Tribunal Arbitral, una vez que, en rigor, no se encuentra vinculado a la obligación de aplicar una regla de derecho que no haya sido invocada; ya que eso solamente es una facultad – y las partes deberían tener la oportunidad de ser oídas al respecto – por lo que no es posible extraer conclusión alguna del hecho de que el Tribunal Arbitral no la haya ejercido”².

Veamos ahora el caso *Société Engel Austria GmbH c. Société Don Trade*, decidido por la *Cour d'appel de Paris* el 3 diciembre 2009³. La demandante, una sociedad de derecho austriaco, y la demandada, una sociedad de Derecho serbio, habían concluido un contrato de venta de un sistema industrial de moldeo de preformas para la fabricación de botellas de plástico. Tras la entrega del sistema, se suscitó un litigio entre las partes en razón de su insuficiente productividad. La sociedad Don Trade demandó a la sociedad Engel ante un tribunal arbitral constituido según el Regl CCI, en virtud de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de venta. En una sentencia proferida en 2008, el tribunal arbitral rechazó la demanda de indemnización de la sociedad Don Trade, pero anuló el contrato en la parte relativa a uno de los componentes del sistema de moldeo con fundamento en la desaparición de la base del contrato (“*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”). A cambio de la restitución de dicho componente, el tribunal condenó a la sociedad Engel a pagar cierta cantidad a Don Trade, más los intereses. La demandada instó la anulación del laudo ante la *Cour d'appel* de París, alegando la violación por el tribunal del principio de contradicción debido a que la nulidad del contrato se había basado en

² “[T]his could not truly be required of the Arbitral Tribunal, as it is not, strictly speaking, subject to any obligation to apply a rule of law that has not been adduced; this is but an option – and the parties should have been given the opportunity to be heard in this respect – for which reason it is not possible to draw any conclusions from the fact that the Arbitral Tribunal did not exercise it”.

³ Proc. n° 2008/13618, *Rev. arb.*, 2010, pp. 105 ss.

un fundamento jurídico no invocado por las partes y no discutido contradictoriamente. El tribunal de apelación consideró que, de hecho, ni la demandante ni la demandada habían invocado ni debatido dicho motivo de nulidad del contrato. Al basar su decisión sobre un fundamento suscitado *ex officio*, sin haber invitado a las partes a presentarle sus observaciones sobre el mismo, el tribunal arbitral no había respetado el principio de contradicción. La sentencia fue por consiguiente anulada en este punto.

Cabe reseñar, por último, el caso decidido por la Corte Federal Suiza el 15 abril 2015⁴. La demandante era una empresa francesa de primer orden en el sector de las fundaciones especiales y de la geotécnica. La demandada era una sociedad regida por el derecho del Estado de Delaware, que ofrecía sus servicios de consultoría a empresas que desearan participar en grandes proyectos de infraestructuras financiados por instituciones establecidas en los EE UU, como el Banco Mundial. La empresa estadounidense aceptó prestar sus servicios a la empresa francesa en virtud de un contrato firmado en 2 julio 2007, que terminaría en 30 junio 2008, sin perjuicio de una eventual prórroga acordada por las partes. El 22 abril 2008, la empresa francesa comunicó a la consultora estadounidense que no deseaba renovar el contrato tras la fecha de su finalización, pero admitía recurrir a sus servicios de forma puntual. El 9 julio 2008, la empresa francesa señaló a la estadounidense la existencia de un proyecto de extensión del puerto de Cotonou en el Benín, y le preguntó si podía resultar de su interés. La empresa estadounidense contestó el 18 del mismo mes que ya seguía ese proyecto e invitó a la francesa a enviarle una lista de proyectos, lo que esta hizo. Las partes se mantuvieron en contacto. En 29 agosto 2008, la empresa estadounidense informó a la francesa que había ganado el concurso para la construcción de un muelle en el puerto de Cotonou y le solicitó el pago de las cantidades previstas en el contrato por la asistencia prestada en este proyecto. La empresa francesa rechazó la petición, invocando que el contrato ya había concluido. La empresa estadounidense la demandó ante la corte de arbitraje de la CCI. En una sentencia de 30 julio 2014, el árbitro único condenó a la demandada a pagar a la demandante las cantidades exigidas por ésta más los intereses aplicables. Consideró el árbitro que el derecho francés admitía que los contratos de duración determinada fuesen renovados tácitamente, cuando ambas las partes hubieran continuado ejecutándolo tras su término extintivo. Los elementos concretos que se extraían del proceso revelaban incontestablemente,

⁴ Proc. n° 4A_554/2014, disponible en <http://www.bger.ch>.

según el árbitro, la existencia de una voluntad común de las partes de proseguir sus relaciones negociales en las condiciones fijadas en el contrato extinto, por lo menos en lo que respecta a la asistencia prestada para cada proyecto. La demandada recurrió al Tribunal Federal, instando la anulación del laudo y reprochando al árbitro el haber violado su derecho de audiencia. El Tribunal rechazó la demanda fundándose en el principio *iura novit curia*. Se declara a este respecto en la sentencia:

“En Suiza, el derecho de audiencia se refiere sobre todo a la determinación de los hechos. El derecho de las partes de ser interpeladas sobre cuestiones jurídicas no es reconocido sino de manera restrictiva. Como regla general, según el adagio *jura novit curia*, los tribunales estatales o arbitrales aprecian libremente las consecuencias jurídicas de los hechos y pueden también decidir sobre la base de reglas de derecho diferentes de las invocadas por las partes. En consecuencia, siempre que el convenio arbitral no restrinja la misión del tribunal arbitral a los fundamentos jurídicos invocados por las partes, éstas no tienen que ser oídas específicamente sobre las consecuencias derivadas de las reglas de Derecho. A título excepcional, es conveniente interpellarlas cuando el juez o el tribunal arbitral admita fundar su decisión sobre una norma o consideración jurídica que no haya sido invocada durante el proceso y cuya pertinencia las partes no pudieran anticipar”⁵

2. Cuestiones fundamentales

Los casos que acabamos de describir nos permiten identificar las cuestiones fundamentales que plantea la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional. En síntesis, podemos enunciarlas de la siguiente manera:

¿Puede o debe un tribunal arbitral aplicar al fondo del litigio reglas de Derecho que las partes no hayan invocado en el proceso, particularmente cuando se trate de reglas imperativas del Derecho aplicable o de otros sistemas jurídicos conexos con la situación litigiosa?

⁵ “En Suisse, le droit d’être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits. Le droit des parties d’être interpellées sur des questions juridiques n’est reconnu que de manière restreinte. En règle générale, selon l’adage *jura novit curia*, les tribunaux étatiques ou arbitraux apprécient librement la portée juridique des faits et ils peuvent statuer aussi sur la base de règles de droit autres que celles invoquées par les parties. En conséquence, pour autant que la convention d’arbitrage ne restreigne pas la mission du tribunal arbitral aux seuls moyens juridiques soulevés par les parties, celles-ci n’ont pas à être entendues de façon spécifique sur la portée à reconnaître aux règles de droit. A titre exceptionnel, il convient de les interpellier lorsque le juge ou le tribunal arbitral envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n’a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence”.

¿Puede o debe el tribunal averiguar *ex officio* el tenor del Derecho aplicable al fondo del litigio en el arbitraje internacional, sin limitarse a la prueba hecha por las partes a su respecto?

¿En la medida en que pueda o deba aplicar *motu proprio* dichas reglas, o averiguar de oficio su contenido, qué límites se imponen a su actividad con base en los principios fundamentales que rigen el arbitraje, en particular los de igualdad y contradicción, por un lado, y dispositivo y de congruencia, por otro?

Estas son, pues, las cuestiones que examinaremos en este estudio. A tal efecto, hay que determinar, en primer lugar, que acogida reservan las principales familias jurídicas contemporáneas al principio *iura novit curia*. Es lo que haremos a continuación.

II. El principio *iura novit curia* en el Derecho comparado

1. Sistemas de *civil law*

Es un dato perfectamente conocido de los juristas de formación romanista que, en materia civil, el juez solo puede basar la decisión del pleito en los hechos alegados por las partes (con excepción de los que sean notorios o de conocimiento oficial): *judicata secundum allegata partium*. En cambio, por lo que respecta a la determinación, interpretación y aplicación del Derecho, así como a la calificación jurídica de los hechos, el juez no está sujeto a las alegaciones de las partes y puede decidir con arreglo a normas o principios no invocados por las partes: *da mihi factum, dabo tibi ius; la cour sait le droit*.

Así, por ejemplo, si el demandante alega que cierto hecho constituye incumplimiento de una obligación contractual y reclama con base en ello una indemnización, el tribunal puede calificar ese hecho como cumplimiento defectuoso de la obligación, y extraer de esa calificación las consecuencias legales.

Esto es lo que establece, por ejemplo, el art. 5.3º Código Procesal Civil portugués, que dispone:

“El juez no está sujeto a las alegaciones de las partes por lo que respecta a la determinación, interpretación y aplicación de las reglas de Derecho”⁶.

⁶ “O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito”.

La misma regla fundamental se encuentra formulada en el art. 218.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, según lo cual:

“El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Y en Francia dispone el art. 12.1º del Código Procesal Civil:

“El juez decide el litigio según las reglas de derecho que le son aplicables. Debe dar o restituir su exacto significado a los hechos o actos litigiosos sin quedar vinculado por la denominación que las partes hayan propuesto [...]”⁷.

La cuestión es más delicada cuando sea aplicable al fondo del litigio un Derecho extranjero, habida cuenta de que no es razonable esperar que el juez lo conozca como su Derecho nacional; y también debido a que la economía procesal puede justificar en este caso otras soluciones⁸.

En algunos sistemas romanistas, los tribunales deben aplicar el Derecho extranjero designado por las reglas de conflicto vigentes, aunque ninguna de las partes lo haya invocado en juicio. Es decir, en esos sistemas las reglas de conflicto no son *facultativas*, como defendió alguna doctrina europea⁹. El principio *iura novit curia* vale, por consiguiente, también con respecto a esas reglas y al Derecho por ellas designado.

El art. 348 del Código Civil portugués acoge esta doctrina, al disponer:

“1. Al que invoque Derecho consuetudinario local, o extranjero le corresponde hacer la prueba de su existencia y contenido; pero el tribunal debe procurar de oficio obtener su conocimiento.

2. El conocimiento de oficio corresponde asimismo al tribunal siempre que éste haya de decidir con arreglo a derecho consuetudinario local, o extranjero y ninguna de las

⁷ “Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée [...]”.

⁸ Vid. sobre el tema, en una perspectiva de comparación de derechos: T. Hartley, “Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared”, *The Int'l Comp. L. Q.*, 1996, pp. 271 ss.; R. Hausmann, “Pleading and Proof of Foreign Law – A Comparative Analysis”, *The European Legal Forum*, 2008, pp. 1 ss.; C. Esplugues, J.L. y G. Palao (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, 2011.

⁹ Vid., v.gr., A. Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1990, pp. 119 ss; y Th. M. de Boer, “Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law”, *Recueil des cours*, t. 257, 1996, pp. 223 ss.

partes lo haya invocado, o la parte contraria haya reconocido su existencia y contenido o no haya deducido oposición.

3. Siendo imposible determinar el contenido del Derecho aplicable, el tribunal recurrirá a las reglas de Derecho común portugués¹⁰.

El tribunal, como establece esta disposición, debe averiguar *ex officio* el tenor del Derecho extranjero aplicable, aunque ninguna de las partes lo haya invocado y probado; lo que significa que le compete también aplicarlo en esas circunstancias¹¹.

Existe, sin embargo, un deber de colaboración de las partes con el tribunal en la determinación de la existencia y contenido del Derecho extranjero aplicable, que se funda en el principio de cooperación consagrado en art. 7 del Código Procesal Civil.

No es fundamentalmente diversa de esta la solución adoptada por la Ley suiza de Derecho internacional privado, que dispone en su art. 16:

"1. El contenido del Derecho extranjero se determina de oficio. A éste efecto, puede ser solicitada la colaboración de las partes. En materia patrimonial, la prueba puede ser puesta a cargo de las partes.

2. El Derecho suizo se aplica si el contenido del Derecho extranjero no puede ser establecido"¹².

En el mismo sentido dispone el art. 14 de la Ley de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado, según lo cual:

"1. La determinación de la ley extranjera es realizada de oficio por el juez. A tal fin, éste puede recurrir, además de a los instrumentos indicados por las convenciones internacionales, a informaciones obtenidas a través del Ministerio de Justicia; puede además interpellar a expertos o instituciones especializadas.

2. Cuando el juez no pueda determinar la ley extranjera indicada, ni siquiera con la ayuda de las partes, aplicará la ley designada mediante otros criterios de conexión

¹⁰ "1. Àquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a prova da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, officiosamente, obter o respectivo conhecimento. 2. O conhecimento officioso incumbe também ao tribunal, sempre que este tenha de decidir com base no direito consuetudinário, local, ou estrangeiro e nenhuma das partes o tenha invocado, ou a parte contrária tenha reconhecido a sua existência e conteúdo ou não haja deduzido oposição. 3. Na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, o tribunal recorrerá às regras do direito comum português".

¹¹ Cf., para más detalles, D. Moura Vicente y M.H. Brito, "Portugal", en C. Esplugues, J.L. Iglesias y G. Palao, *op. cit.*, pp. 301 ss y la bibliografía ahí citada.

¹² "1. Le contenu du droit étranger est établi d'office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties. 2. Le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi".

eventualmente previstos para la misma hipótesis normativa. A falta de estos se aplica la ley italiana¹³.

La ley alemana es menos clara a este respecto. Establece sobre el tema el § 293 de la *Zivilprozessordnung*:

“El Derecho vigente en otro Estado, los derechos consuetudinarios y los estatutos solo necesitan ser probados cuando sean desconocidos del tribunal. En la determinación de estas normas jurídicas el tribunal no está limitado a las pruebas producidas por las partes; está facultado a utilizar también otras fuentes de conocimiento y a ordenar lo que sea necesario para tal utilización”¹⁴.

Al dar al juez simplemente la *facultad (Befugnis)* de recurrir a otras fuentes de información sobre el Derecho extranjero, además de las aportadas por las partes al proceso, esta disposición parece hacer recaer sobre ellas la carga de la prueba de su tenor. Pero según su interpretación dominante es un *deber* del juez de instancia investigar *ex officio* el contenido del Derecho extranjero aplicable, sin limitación a las reglas de prueba aplicables a los hechos¹⁵.

En suma, en estos sistemas jurídicos, el juez debe aplicar la regla de conflictos y la ley extranjera por ella designada, aunque las partes no lo soliciten, ni hagan su prueba.

Se encuentra una expresión de la misma idea en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, ratificada por diez Estados de América Latina, cuyo art. 2 establece:

“Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

¹³ “1. L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate. 2. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana”.

¹⁴ “Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen”.

¹⁵ Cf. Kegel / Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed., München, 2004, p. 500; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6ª ed., Tübingen, 2006, p. 645.

Se comprende bien esta orientación. *En primer lugar*, porque la libre disposición por las partes del Derecho extranjero aplicable a las situaciones de la vida privada internacional podría redundar en detrimento de los valores sociales que el Derecho internacional privado prosigue, en particular la protección de la parte más débil: no es improbable que esta se abstenga de invocar el Derecho aplicable en juicio, aunque le sea más favorable, bien por los costes que su determinación inevitablemente implica, bien por ignorancia de su aplicabilidad al caso. *En segundo lugar*, porque subordinar la aplicación del Derecho extranjero competente a su alegación y prueba por la parte interesada menoscaba la seguridad del tráfico jurídico, una vez que solo se conocerá en definitiva el Derecho aplicable a cualquier situación jurídica internacional después de que el tribunal competente se haya pronunciado sobre el tema. *En tercer lugar*, porque si la regla de conflicto aplicable es de fuente internacional o supranacional el sistema que le atribuye carácter meramente facultativo o que somete la aplicación de la ley por ella designada a su alegación y prueba por la parte interesada perjudica potencialmente la armonía de soluciones pretendida por la unificación del Derecho internacional privado y favorece el *forum shopping*.

Sin embargo, una solución diversa prevaleció hasta hace poco en la jurisprudencia francesa. En el *arrêt Amerford*, del 16 noviembre 1993, afirmó la *Cour de cassation*¹⁶:

“... en las materias en las que las partes tienen la libre disposición de sus derechos, corresponde a la parte que pretenda que la aplicación del Derecho extranjero, designado por la regla de conflicto de leyes, conduce a un resultado diferente del que deriva de la aplicación del Derecho francés, demostrar esta diferencia mediante la prueba del contenido de la ley extranjera que invoca, en defecto de lo cual el derecho francés se aplicara en razón de su vocación subsidiaria”¹⁷

En el *arrêt Driss Abdou*, del 1 julio 1997, la Corte de Casación admitió expresamente que, por lo que respecta a los derechos indisponibles, el juez debe proceder *ex officio* a la determinación del contenido de la ley aplicable¹⁸.

¹⁶ Proc. n° 91–16116, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr>.

¹⁷ “Dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en oeuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire”.

¹⁸ Proc. n° 95–17.925, disponible en *ibid*.

Más recientemente, en el *arrêt Aubin*, del 28 junio 2005¹⁹, la misma corte impuso al juez la obligación de proceder a esa determinación, con independencia de la naturaleza disponible o no de los derechos, "*cuando reconozca como aplicable un Derecho extranjero*":

"... corresponde al juez francés, que considere aplicable un Derecho extranjero, determinar su contenido, sea de oficio o a petición de una parte que lo invoque, con la colaboración de las partes y personalmente si necesario, y dar a la cuestión litigiosa una solución conforme al Derecho positivo extranjero"²⁰.

La Corte de Casación reafirmó esta jurisprudencia, por último, en una sentencia de 1 junio 2016²¹. Los jueces franceses tienen actualmente, por lo tanto, y con independencia del carácter disponible o no de los derechos litigiosos, la *obligación de buscar el contenido* del Derecho extranjero considerado aplicable, solicitando, en su caso, la contribución de las partes²².

En España se adopta en esta materia una solución más matizada. En efecto, el Código Civil determina en el art. 12.6º que "[l]os Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español". No hay, por lo tanto, una simple facultad, sino más bien un *verdadero deber*, de aplicar la regla de conflictos. Pero el art. 281.2º Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que la parte que invoca Derecho extranjero tiene la carga de probarlo, aunque el juez pueda investigarlo *ex officio* como complemento de la actividad de las partes. Dispone, efectivamente, ese precepto:

"También serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación".

El principio *iura novit curia* no parece, así, aplicarse plenamente en España por lo que respecta al Derecho extranjero²³. Este tiene, en

¹⁹ Proc. nº 02-14.686, disponible en *ibid*.

²⁰ "*Il incombe au juge français, qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher la teneur, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger*".

²¹ Proc. nº 15-13.221, disponible en *ibid*.

²² Cf. D. Bureau y H. Muijt-Watt, *Droit international privé*, t. I, París, 2007, p. 439.

²³ Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 2004, p. 151.

realidad, un estatuto híbrido. Por eso afirman algunos autores que "*no es Derecho, pero se acepta que es más que un puro hecho*"²⁴.

Ese estatuto fue confirmado por el art. 33 Ley 29/2015, de 30 julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que establece:

"1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.

2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.

4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles".

2. Sistemas de common law

"Quizás la característica más espectacular del Derecho procesal inglés es que la regla *curia novit legem nunca fue, y no es, parte del Derecho inglés*". Así se expresaba, hace casi cuarenta años, el internacionalista inglés de origen alemán F.A. Mann²⁵. "*En Inglaterra*", añadía Mann, "*el abogado somete el Derecho al tribunal, que se supone que no sabe casi nada sobre el mismo. Al hacerlo actúa, claro, en el interés de su cliente, pero cumple también un deber para con el tribunal, al que no puede confundir*". Según el autor citado, este deber (inexistente en los sistemas de *Civil Law*) supone un conocimiento especializado y un grado de preparación de que pocos son capaces; y permite que la profesión forense funcione como un tamiz a través del cual los pleitos tienen que pasar, lo que constituye uno de los principales métodos de limitar la litigiosidad y, por consiguiente, el número de jueces en Inglaterra. Esto explicaría, además, la división de dicha profesión entre *barristers* y *solicitors*, de que Mann fue un firme defensor.

El sistema inglés conoce hoy importantes limitaciones, particularmente en lo que respecta a las cuestiones de orden público, que el tribunal puede suscitar *sponte sua*, rechazando, por ejemplo, el *enforcement* de un contrato *ex facie* ilegal, aunque ninguna de las partes

²⁴ *Sic*, J.L. Iglesias, C. Esplugues, G. Palao, R. Espinosa y C. Azcárraga, "Spain", en C. Esplugues, J.L. Iglesias y G. Palao (eds.), *op cit.*, pp. 355 ss, esp. p. 357.

²⁵ *Cf.* F.A. Mann, "Fusion of the Legal Professions?", *Law Quarterly Review*, 1977, pp. 367 ss, esp. p. 369.

lo haya solicitado²⁶. Sin embargo, dicho sistema sigue siendo aplicable en la generalidad de las situaciones. A lo que no es ajena la concepción tradicional (pero aún actual²⁷) del juez inglés como árbitro (*umpire*), al cual compete únicamente decidir un pleito con base en las pruebas y los argumentos que le presenten las partes, asegurando la estricta observancia de los principios del *fair trial*, y no liderar una investigación sobre los temas debatidos entre ellas.

Así sucede también en materia de Derecho extranjero: en el mundo de *common law*, suele decirse, se aplica en éste ámbito el principio "*iura aliena non novit curia*"²⁸. El juez inglés, por ejemplo, no investiga el Derecho extranjero aplicable según las reglas de conflicto de leyes, el cual tiene que ser alegado y probado por las partes; y aplica su propio derecho siempre que las partes no le aporten la prueba del contenido del Derecho extranjero²⁹. "*Prima facie*, por tanto, aunque los hechos indiquen la presencia de elementos extranjeros, el tribunal aplicará Derecho inglés"³⁰. En Inglaterra, la aplicación del Derecho extranjero es, así, tratada como una cuestión de hecho, "*aunque una cuestión de hecho de un tipo peculiar*"³¹.

En los EE UU los tribunales federales adoptan en esta materia una orientación más flexible, expresada en la regla 44.1 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, según la cual:

"La parte que desee suscitar una cuestión relativa a la ley de un país extranjero debe notificarlo en una alegación u otro escrito procesal. A fin de determinar la ley extranjera, el tribunal puede considerar cualquier material o fuente relevante, incluso testimonios, sean o no sometidos por una de las partes o admisibles según

²⁶ Cf. Cheshire, *Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 16^a ed., por M. Furmston, Oxford, 2012, p. 498.

²⁷ *Vid.*, sobre el tema, el discurso proferido en 2016 por el Presidente del Supremo Tribunal inglés, Lord Neuberger, *The Role of the Judge: Umpire in a Contest, Seeker of the Truth or Something in Between?*, disponible en <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-160819-04.pdf>.

²⁸ Cf. O. Kahn-Freund, "General Problems of Private International Law", *Recueil des cours*, vol. 143, 1974-III, pp. 139 ss, esp. p. 306.

²⁹ Cf. Dicey, *Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 14^a ed., Londres, 2006, regla 18: "(1) *In any case to which foreign law applies, that law must be pleaded and proved as a fact to the satisfaction of the judge by expert evidence or sometimes by certain other means. (2) In the absence of satisfactory evidence of foreign law, the court will apply English law to such a case*".

³⁰ Así J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, 6^a ed., por D. McClean y K. Beevers, Londres, 2005, pp. 9 ss. *Vid.* también R. Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, 1998; Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14^a ed., por J.J. Fawcett y J.M. Carruthers, Oxford, 2008, pp. 111 ss.

³¹ Cheshire, North & Fawcett, *op. cit.*, p. 113.

las Reglas Federales de Prueba. La determinación del tribunal debe ser considerada como una decisión relativa a una cuestión de Derecho"³²

La parte que desee ver aplicado Derecho extranjero tiene, por lo tanto, que alegarlo; el tribunal no lo aplica *ex officio*. Si ninguna de las partes lo hace, se presume que están de acuerdo en que no sea aplicado Derecho extranjero³³. Si una de ellas lo invoca, el tribunal podrá determinar de oficio su contenido.

Puede el tribunal, sin embargo, declararse *forum non conveniens* si estima que es aplicable al fondo del litigio un Derecho extranjero y que no es él la autoridad más apropiada para decidir la controversia. Para los juristas anglosajones, "*difficult legal issues are best dealt with by judges familiar with them*"³⁴. En parte, la doctrina del *forum non conveniens* fue concebida justamente, según lo reconoció el Tribunal Supremo de los EE UU en una sentencia de 1981, a fin de evitar que los tribunales hayan de emprender "complejos ejercicios de Derecho comparado"³⁵.

III. *¿Iura novit arbiter?*

1. *La posición particular del tribunal arbitral respecto a la determinación del Derecho aplicable*

De lo expuesto resulta con claridad que no hay consenso entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales en cuanto a la aplicabilidad del principio *iura novit curia* a la determinación del tenor del Derecho aplicable a las cuestiones privadas internacionales sometidas a los tribunales estatales.

³² "A party who intends to raise an issue about a foreign country's law must give notice by a pleading or other writing. In determining foreign law, the court may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The court's determination must be treated as a ruling on a question of law".

³³ Cf. E. Scoles, P. Hay, P. Borchers y S. Symeonides, *Conflict of Laws*, 4ª ed., St. Paul, 2004, p. 551.

³⁴ Morris, *op. cit.*, p. 108. En cuanto al Derecho de los EE UU, *Vid.* Scoles / Hay / Borchers / Symeonides, *op. cit.*, p. 499.

³⁵ *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235: "The doctrine of *forum non conveniens*, however, is designed in part to help courts avoid conducting complex exercises in comparative law. As we stated in *Gilbert*, the public interest factors point towards dismissal where the court would be required to 'untangle problems in conflict of laws, and in law foreign to itself'".

En este contexto, surge la pregunta: ¿Y con respecto a los tribunales arbitrales? ¿Se podrá afirmar un principio *iura novit arbiter*?

La primera observación que cabe hacer a este respecto es que no hay, en la mayoría de las convenciones internacionales y de las leyes nacionales de arbitraje, una regla expresa sobre el tema³⁶. Nos encontramos, en esos casos, ante una laguna.

Por otra parte, tampoco parece que haya analogía suficiente entre la posición del tribunal estatal y la del tribunal arbitral en lo relativo a la determinación del Derecho aplicable, que permita aplicar al segundo las soluciones que rigen para el primero.

En efecto, el tribunal arbitral voluntario, siendo por cierto un órgano de administración de justicia (como tal reconocido incluso por textos constitucionales³⁷), no decide los pleitos que le son sometidos en nombre o por delegación del Estado, sino por efecto de un acuerdo de las partes. No le compete, por ello, asegurar la realización de las *policies* proseguidas por las leyes emanadas de determinado país mediante su aplicación *ex officio*.

El tribunal arbitral es, en realidad, una emanación de la autonomía privada, que el Estado reconoce dentro de ciertos límites. Su actividad corresponde a un *ejercicio privado de la función jurisdiccional*. En consecuencia, su posición respecto a la determinación del Derecho aplicable es distinta de la de los tribunales estatales. En lo que concierne al arbitraje internacional, por ejemplo, no puede afirmarse la existencia de una *lex fori*³⁸.

Se proclama en la doctrina, por ello, *la liberté de l'arbitre*³⁹:

³⁶ Una excepción, aunque de alcance limitado, es el *Arbitration Act 1996* inglés, cuya sección 34 (2) (g) establece que los poderes del tribunal arbitral incluyen la determinación de “*whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law*». En la jurisprudencia inglesa se entiende, sin embargo, que “*the tribunal is free to decide the matter on the basis of the presumption that the applicable system of law is the same as the law of England and Wales. To hold otherwise would mean that international arbitrations held in London would be encumbered with the considerable extra expense of obtaining general evidence of foreign law relevant to the matters in issue in every case where the proper law of the contract was not the law of England and Wales*”: cf. la sentencia del *Commercial Court* en *Hussmann (Europe) Ltd. v. Al Ameen Development & Trade Co.*, [2000] 2 Lloyd's Rep. 83.

³⁷ *Vid.*, v.gr., el art. 209.2º de la Constitución portuguesa.

³⁸ *Vid.*, sobre el tema, D. Moura Vicente, *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1990, pp. 71 ss, y la demás literatura ahí citada.

³⁹ Cf. P. Mayer, “La liberté de l'arbitre”, *Rev. arb.*, 2013, pp. 339 ss.

“A falta de elección por las partes, el árbitro es absolutamente libre. El contraste con el juez es aquí particularmente interesante, pues esta libertad significa que, mientras que el juez está al servicio de la ley, incluso de las reglas de conflictos de leyes, el árbitro está por encima de las reglas del fondo y de las reglas de conflictos de leyes. Le corresponde elegir el conjunto de las reglas –casi siempre estatales, y en casos muy raros anacionales, como los Principios Unidroit– que determinarán la solución del litigio. El árbitro internacional, aquí, no se limita a aplicar reglas, se las da a sí mismo, si no en su contenido, por lo menos en su identidad”⁴⁰.

No sirve respecto del arbitraje, en suma, una de las principales justificaciones del principio *iura novit curia*: la vinculación del juez a la ley de determinado Estado, en nombre del cual imparte justicia. En realidad, los tribunales arbitrales no están siquiera necesariamente integrados por juristas; y cuando lo son sus miembros pueden tener su origen en culturas jurídicas muy diversas⁴¹.

Sin embargo, la mayor libertad de que disfruta el árbitro al respecto no significa necesariamente su exclusiva sujeción a las alegaciones y a la prueba del Derecho aplicable hecha por las partes. De una parte, porque, como órgano de administración de la justicia, su misión es la misma que la de los tribunales estatales: le compete asegurar una justa resolución de los litigios, lo que supone que pueda formular un juicio autónomo sobre el Derecho aplicable, su tenor e interpretación. De otra parte, porque el árbitro no dispone, como sucede con los tribunales estatales, de una *fallback law* a la que pueda recurrir siempre que las partes no aporten prueba suficiente del tenor de las reglas aplicables al fondo del litigio.

El tribunal arbitral no se encuentra, por lo tanto, sometido a un deber de determinar de oficio el Derecho aplicable análogo al que recae

⁴⁰ “*En l’absence de choix par les parties, l’arbitre est absolument libre. Le contraste avec le juge est ici particulièrement intéressant, car cette liberté signifie que, tandis que le juge est au service de la loi, y compris des règles de conflit de lois, l’arbitre est au-dessus des règles de fond et des règles de conflit de lois. C’est lui qui choisit l’ensemble des règles – presque toujours étatiques, et dans de très rares cas anationales, tels les Principes Unidroit – qui vont commander la solution du litige. L’arbitre international, ici, ne se borne pas à appliquer des règles, il se les donne à lui-même, sinon dans leur contenu, du moins dans leur identité.*”

⁴¹ Por ello se afirma que “en el arbitraje internacional no hay derecho ‘extranjero’”: así J. Lew, *iura Novit Curia and Due Process*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 72/2010, n° 31 (disponible en <http://ssrn.com>). Van en la misma línea las reflexiones de N. Blackaby y R. Chirinos, que escriben: “no es posible afirmar y mucho menos presumir en el contexto de un arbitraje comercial internacional – o al menos en la mayoría de estos – que los árbitros ‘conocen el Derecho’” (cf. “Consideraciones sobre la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2013, pp. 77 ss, esp. p. 82).

en ciertos sistemas jurídicos sobre el tribunal estatal; pero tampoco tienen las partes la libre disposición del Derecho aplicable en el proceso arbitral. En realidad, la solución del problema así planteado solo puede extraerse de una adecuada ponderación de los intereses en presencia. Los examinaremos a continuación.

2. *Los intereses en presencia*

Sobresalen en el arbitraje los *intereses de las partes*, cuya voluntad se encuentra, como hemos visto, en el origen de esta forma de resolución de controversias.

Por otro lado, hay que valorar en esta materia el interés general en la *justa decisión* de los pleitos por el tribunal arbitral, lo que justifica que se le permita una indagación tan libre cuanto posible del tenor del Derecho aplicable.

Por último, importa asegurar la *eficacia de los laudos arbitrales*, que puede ser cuestionada sea en su país de origen, a través de su impugnación ante los tribunales locales, sea en el país donde pretenda obtenerse su reconocimiento y ejecución, mediante la invocación de la cláusula de orden público.

Ahora bien, estos diferentes intereses no imponen una solución unívoca respecto de la cuestión examinada; por el contrario, reclaman una *conciliación* de las orientaciones fundamentales que el derecho comparado nos reveló más arriba.

Así, hay que dar expresión, también en la determinación de la solución jurídica de los pleitos sometidos al arbitraje internacional, a la voluntad de las partes, que deben poder elegir, de común acuerdo, las reglas de Derecho aplicables por los árbitros, como lo permiten hoy diversas legislaciones nacionales⁴²; les compete, además, hacer en primera línea la demostración del contenido de esas reglas. Sin embargo, el árbitro debe poder controlar *sponte sua* la exactitud de la prueba hecha por las partes en esta materia y suplirla siempre que lo tenga por necesario a la luz de su deber de hacer justicia. Por otra parte, el deber de los árbitros de asegurar la eficacia de sus decisiones exige que se tomen en consideración, con independencia de lo alegado por las partes, las reglas y principios que integran el orden público del Estado de la sede del arbitraje, en la medida en que ahí pueda solici-

⁴² En conformidad con lo que establece, en particular, la Ley Modelo Uncitral en su art. 28.1°).

tarse su anulación, y de los Estados donde el reconocimiento y ejecución del laudo puedan ser solicitados⁴³.

IV. La determinación del Derecho aplicable por los árbitros y sus límites

1. La determinación del Derecho aplicable por los árbitros

La naturaleza híbrida del arbitraje –instituto contractual en su origen y jurisdiccional en su función– así como los intereses fundamentales que está destinado a realizar, reclaman, en suma, que se reconozca al árbitro una cierta libertad en la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio, así como en su interpretación y aplicación⁴⁴.

Sin perjuicio del respeto debido a la elección por las partes del Derecho aplicable, el árbitro no se encuentra necesariamente sometido a sus alegaciones a respecto de este, ni tampoco a la prueba hecha por ellas del contenido de ese Derecho⁴⁵. Puede, por el contrario, indagarlo autónomamente por todos los medios fiables a su disposición –leyes, jurisprudencia, doctrina, expertos, etc.⁴⁶–, así como controlar la corrección de las calificaciones jurídicas operadas por las partes, a fin de llegar a una decisión materialmente correcta y, *hoc sensu*, justa.

⁴³ Como lo reconoció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que respecta al derecho comunitario, en la decisión proferida en 1 de junio 1999 en el asunto C–126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, disponible en <http://curia.europa.eu>, en que se declara que “en la medida en que un órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de la prohibición impuesta en el ap. 1 del art. 81 CE”.

⁴⁴ En España, la facultad de los árbitros de aplicar normas jurídicas no invocadas por las partes está incluida, según L. Gomes–Iglesias Rosón, dentro de los poderes de dirección procesal que la Ley de Arbitraje les reconoce: cf. “*Iura novit curia* y principio de contradicción: su aplicación en el arbitraje en España”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, n° 1, 2016, pp. 45 ss., esp. p. 53.

⁴⁵ *Vid.*, en este sentido, la recomendación n° 9 de la Resolución n° 6/2008 de la International Law Association y, sobre ésta, el informe de F. de Ly, L. Radicati di Brozolo y M. Friedmann, *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration* (disponible en <http://www.ila-hq.org>).

⁴⁶ Entre los mecanismos a que los árbitros pueden recurrir para este efecto cabe destacar el que se prevé en el Convenio de Londres Acerca de la Información sobre el Derecho extranjero, de 1968, que el Código Procesal Civil holandés coloca a la disposición de los tribunales arbitrales en su art. 1044.

Al árbitro le compete además tomar en consideración, en la decisión del pleito, las *normas de orden público* o de *aplicación necesaria*, de fuente interna, internacional o comunitaria, vigentes en el lugar del arbitraje o donde presumiblemente será solicitada la ejecución del laudo, con el fin de asegurar su eficacia⁴⁷. Siempre, por ejemplo, que las obligaciones pactadas entre las partes se muestren ilícitas a la luz de esas normas, y su *enforcement* por el tribunal arbitral pueda, por ese motivo, comprometer la eficacia del laudo en los países con los cuales la situación posee conexiones significativas (*v.gr.*, el país donde las partes tienen su sede o patrimonio o donde el contrato deba ser ejecutado), cabrá al árbitro extraer de esa circunstancia las consecuencias necesarias para la decisión del litigio⁴⁸.

En este sentido se aduce además que, en la medida en que la emanación de una sentencia sustancialmente correcta constituye un *deber ético* de los árbitros, "la ética arbitral reclama el principio *jura novit curia* en el arbitraje internacional"⁴⁹.

En algunos reglamentos de arbitraje recientes se encuentran expresiones de dicha libertad del árbitro en la configuración jurídica de la causa y en la determinación de las reglas que le son aplicables.

Cabe reseñar, por ejemplo, las reglas de la *London Court of International Arbitration* de 2014, cuyo art. 22 (1) (iii) establece, bajo el epígrafe "*poderes adicionales*":

"El Tribunal Arbitral tendrá el poder de, a petición de cualquier de las partes o de oficio (con excepción de los sub-párrafos (viii), (ix) y (x) infra), pero en cualquier de los casos solo después de haber dado a las partes una oportunidad razonable de expresar sus puntos de vista y en los términos (en lo que respecta a los costos y al resto) que el Tribunal Arbitral decida:

[...]

(iii) llevar a cabo las investigaciones que parezcan necesarias o útiles al Tribunal Arbitral, incluyendo sobre si y en qué medida el Tribunal Arbitral debe tomar él mismo la iniciativa de identificar las cuestiones relevantes y determinar los hechos relevantes y

⁴⁷ Resolución n.º 6/2008 de la International Law Association, *cit. supra*, recomendación n.º 13.

⁴⁸ Sobre el tema, *vid.* Y. Derains, "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, pp. 375 ss; P. Mayer, "L'interférence des lois de police", *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris, 1986, pp. 31 ss; *id.*, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *Arb. Int'l*, 1986, pp. 274 ss; C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, 2001, especialmente pp. 215 ss; y J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford, 2013, pp.133 ss y 224 ss.

⁴⁹ Así A. Pinto Leite, "Jura novit curia e a arbitragem internacional", *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial. Intervenções*, Coimbra, 2013, pp. 151 ss, esp. p. 161.

la(s) ley(es) o reglas de Derecho aplicables al convenio arbitral, al arbitraje y al fondo del litigio⁵⁰.

Se reconocen así a los árbitros amplios poderes para identificar cuestiones de derecho no suscitadas por las partes y aplicar al fondo del litigio reglas por ellas no invocadas.

A su vez, el reglamento de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) de 2015 dispone en su art. 49.2º:

“Cuando las partes hayan alcanzado un acuerdo sobre la ley aplicable al fondo del litigio, el acuerdo de las partes prevalecerá. En defecto de tal acuerdo o cuando el mismo esté en conflicto con una disposición legal imperativa, el tribunal arbitral determinará la ley aplicable al fondo del litigio⁵¹.”

La libre disposición por las partes de los criterios de decisión del litigio conoce aquí un importante límite, constituido por las reglas imperativas con las cuales la ley elegida esté en conflicto, habida cuenta de que el tribunal debe atender *ex officio* dichas normas imperativas.

Por último, el reglamento del *Singapore International Arbitration Center* (SIAC) de 2016 dispone en el art. 27 (m), intitulado “*poderes adicionales del tribunal*”:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, además de los otros poderes especificados en estas reglas, y con excepción de lo que esté prohibido por las normas imperativas aplicables al arbitraje, el Tribunal tendrá el poder de:

[...]

m. decidir, cuando resulte apropiado, cualquier cuestión no expresa o implícitamente suscitada en las alegaciones de una parte, siempre que tal cuestión haya sido claramente puesta en conocimiento de la otra parte y esa otra parte haya tenido una oportunidad adecuada de contestar⁵².”

⁵⁰ “*The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or (save for sub-paragraphs (viii), (ix) and (x) below) upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide: [...] (iii) to conduct such enquiries as may appear to the Arbitral Tribunal to be necessary or expedient, including whether and to what extent the Arbitral Tribunal should itself take the initiative in identifying relevant issues and ascertaining relevant facts and the law(s) or rules of law applicable to the Arbitration Agreement, the arbitration and the merits of the parties’ dispute.*”

⁵¹ “*Where the parties have agreed on the law applicable to the merits of their dispute, the parties’ agreement shall prevail. In the absence of such an agreement or where such agreement is in conflict with a mandatory provision of the law, the arbitral tribunal shall determine the law applicable to the merits of the dispute.*”

⁵² “*Unless otherwise agreed by the parties, in addition to the other powers specified in these Rules, and except as prohibited by the mandatory rules of law applicable to the*

Se aprecia, así, una tendencia en el sentido de ampliar los poderes de los tribunales arbitrales por lo que respecta a las cuestiones de derecho que les compete decidir, incluso en sistemas jurídicos tradicionalmente adversos, como hemos visto, al principio *iura novit curia*.

Sin embargo, y con excepción de la aplicación de normas de orden público, no parece que el ejercicio de esos poderes deba tenerse como una *obligación* de los árbitros, cuyo incumplimiento implique la invalidez de su laudo, sino más bien como una *facultad* que les compete ejercer en función de su propia evaluación de la necesidad de hacerlo en el caso concreto, habida cuenta de la prueba aportada a los autos por las partes. Como escribe G. Kaufmann–Kohler, “*a hard and fast iura novit curia rule would be inappropriate in international arbitration*”⁵³.

En suma, el modelo que parece más adecuado a la naturaleza del arbitraje internacional y a los intereses relevantes en ello, por lo que respecta a la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio, no es un *modelo dispositivo* puro ni tampoco un *modelo inquisitorio* puro, sino un *modelo intermedio*, que, por una parte, permite al tribunal averiguar de oficio las reglas aplicables y su tenor sin imponerle un deber de hacerlo; y, por otra parte, requiere de las partes la debida cooperación con el tribunal arbitral en estas tareas. Es, en esta medida, un modelo de colaboración entre el tribunal arbitral y las partes.

2. Los principios de igualdad y contradicción y la prohibición de decisiones sorpresivas

Según otra regla de alcance universal, corresponde al tribunal arbitral tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos⁵⁴.

Ahora bien, el tribunal arbitral que aporta al proceso, *motu proprio*, el resultado de sus indagaciones sobre el tenor del Derecho aplicable, su interpretación del mismo o su propia calificación de los hechos relevantes, o que aplica una regla que ninguna de las partes in-

arbitration, the Tribunal shall have the power to: [...] m. decide, where appropriate, any issue not expressly or impliedly raised in the submissions of a party provided such issue has been clearly brought to the notice of the other party and that other party has been given adequate opportunity to respond’.

⁵³ Cf. G. Kaufmann–Kohler, “The governing law: Law or fact?”, *Best practices in international arbitration* (M. Wirth, ed.), Basilea, 2006, pp. 79 ss.

⁵⁴ Art. 18 LMU.

vocó anteriormente, puede *favorecer decisivamente* a una de las partes, cuyas pretensiones deban estimarse como consecuencia de ello. Lo que, tratándose de un órgano jurisdiccional cuyos miembros, o algunos de ellos, han sido elegidos por las propias partes y que puede decidir por mayoría, no es un riesgo menor; más bien todo lo contrario. Sin embargo, no puede considerarse que tales actuaciones del tribunal sean inadmisibles, en la medida en que propician decisiones sustancialmente más correctas.

Es indispensable, en todo caso, que el *principio de contradicción*—que las legislaciones contemporáneas igualmente acogen en materia de arbitraje⁵⁵— sea observado por el tribunal en tales casos, de manera que ambas partes puedan pronunciarse sobre las reglas de derecho aplicadas o las calificaciones jurídicas operadas por el tribunal, evitándose así *decisiones sorpresivas*, que dicho principio no consiente⁵⁶. Al árbitro no le está permitido, por lo tanto, suscitar y decidir en el laudo nuevas cuestiones de derecho sin que las partes hayan tenido la posibilidad de debatirlas previamente⁵⁷.

El Código Procesal Civil francés acoge esta solución, al someter el arbitraje, en su art. 1464, a ciertos principios fundamentales del proceso civil, incluso el que encuentra formulado en el art. 16, párrafo 3, en los siguientes términos:

“[El juez] no puede basar su decisión en los fundamentos que suscitó de oficio sin haber previamente invitado a las partes a que presenten sus observaciones”⁵⁸.

Se suele, por ello, admitir la reapertura del debate a fin de permitir que las partes se pronuncien sobre las cuestiones de derecho que el tribunal entienda someterles⁵⁹.

Sin embargo, es necesario evitar que una supuesta violación del deber de audiencia previa de las partes pueda servir de pretexto para

⁵⁵ En España, el principio está consagrado en el art. 24 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; y, en Portugal, en el art. 30.1º.c) Ley del Arbitraje Voluntario aprobada por la Ley 63/2011, del 14 de diciembre. *Vid.*, a este respecto, A.M. Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, 2000, pp. 115 ss.

⁵⁶ Prohíben expresamente las decisiones sorpresivas, por ejemplo, los arts. 3.3º del Código Procesal Civil portugués y 16.3º del Código Procesal Civil francés, así como el § 139 (2) de la *Zivilprozessordnung* alemana.

⁵⁷ En este sentido, *vid.* también la recomendación nº 8 de la citada Resolución nº 6/2008 de la *International Law Association*.

⁵⁸ “[Le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

⁵⁹ Como lo consiente, por ejemplo, el art. 27, *in fine*, Regl. CCI.

suscitar la revisión del fondo del laudo arbitral⁶⁰. Habrá, por ello, que exceptuar a ese deber los casos de *manifiesta innecesaridad*. Es lo que ocurriría, por ejemplo, si la calificación por el tribunal del contrato *sub iudicio* como compraventa constituyese la única plausible ante su descripción por una de las partes y la misma no hubiese sido contestada por la otra. No será así, en cambio, si las partes siempre hubieren considerado el contrato como de compraventa y, no obstante, el tribunal arbitral lo calificara en la sentencia como arrendamiento de obras.

3. Los principios dispositivo y de congruencia

Otro límite no menos relevante a la actividad *ex officio* del tribunal arbitral resulta del *principio dispositivo*, en virtud del cual asiste a las partes la facultad de definir autónomamente, en el convenio arbitral o en sus peticiones, las cuestiones sometidas a la decisión de árbitros; a lo que se corresponde el deber de los árbitros de adecuarse a esa definición, sin que puedan pronunciarse sobre otras cuestiones, aunque relacionadas con aquellas, so pena de anulación o denegación del reconocimiento de su laudo (*principio de congruencia*)⁶¹.

No obstante, la jurisprudencia nos muestra varios ejemplos de situaciones en que los árbitros, con base en sus poderes de decisión del aspecto jurídico del pleito, se pronuncian sobre cuestiones no suscitadas por las partes y que, por lo tanto, no se comprenden en el *thema decidendum*.

Fue lo que ocurrió en el asunto decidido por la *Cour de cassation* francesa en 29 junio 2011⁶², en que los árbitros habían sustituido la indemnización reclamada por una de las partes, fundada en el *lucro cesante* derivado del incumplimiento de un contrato, que les pareció no poder ser evaluado con certidumbre, por una indemnización fundada en la *pérdida de oportunidad* ("*perte de chance*") de ver concretado determinado proyecto, la cual no había sido invocada por esa parte, aunque podía, según los árbitros, ser evaluada con más precisión. La Corte de Casación aprobó en este caso la anulación de la sen-

⁶⁰ Un riesgo para lo cuál alerta A. Mantakou, "The Misadventures of the Principle *Jura Novit Curia* in International Arbitration – A Practitioner's Approach", *Essays in Honour of Spyridon V. Vrellis*, Atenas, 2014, pp. 487 ss.

⁶¹ *Vid.*, a este respecto, el art. 34.2º.a), iii) Ley Modelo Uncitral y el art. V.1º.d) Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

⁶² Proc. 10–23.321, disponible en <https://www.courdecassation.fr>.

tencia arbitral decidida por la *Cour d'appel* de París, a petición de una de las partes.

La facultad de determinación autónoma por los árbitros del Derecho aplicable al fondo del litigio, así como de su tenor, no puede, pues, legitimar una decisión *ultra* o *extra petita*.

V. Conclusiones

De cuanto se expuso anteriormente puede extraerse, como conclusión, que, dado que no administra la justicia en nombre o por delegación de cierto Estado, el tribunal arbitral ocupa una posición distinta de la del tribunal estatal en lo relativo a la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio, a la averiguación de su tenor, a su interpretación y a su aplicación. No sirven necesariamente para los tribunales arbitrales, por lo tanto, las reglas que vinculan a los tribunales estatales en cuanto a estas cuestiones. Las reglas aplicables al arbitraje internacional en esta materia deben más bien tener en cuenta la naturaleza específica y las finalidades proseguidas por este método de resolución de controversias.

El tribunal arbitral no se encuentra sometido a un deber de determinar de oficio el Derecho aplicable al fondo del litigio equiparable al que recae en varios sistemas jurídicos sobre el tribunal estatal; pero tampoco tienen las partes la libre disposición del Derecho aplicable en el proceso arbitral. El tribunal arbitral puede, sin tener la obligación de hacerlo, averiguar *ex officio* el tenor del Derecho aplicable al fondo del litigio en el arbitraje internacional. Asimismo, puede el tribunal arbitral aplicar al fondo del litigio reglas de derecho nacional, internacional o comunitario distintas de las invocadas por las partes, particularmente cuando lo justifique la salvaguarda de la eficacia de su laudo.

El tribunal arbitral no está sujeto, por consiguiente, a las alegaciones de las partes en cuanto al Derecho aplicable, ni a la prueba por ellas aportada al proceso con respecto a su tenor o a las calificaciones jurídicas por ellas efectuadas de los hechos relevantes. Las partes deben, en todo caso, cooperar con el tribunal arbitral en la determinación del contenido del Derecho aplicable, proporcionándole la información relevante para la decisión jurídica de sus pretensiones.

El tribunal arbitral no debe aplicar al fondo del litigio reglas sobre las cuales las partes no hayan tenido una oportunidad razonable de pronunciarse previamente a que fuera dictada la sentencia arbitral, salvo en caso de manifiesta innecesidad. Tampoco puede el tribunal

arbitral ejercer su poder de determinación autónoma del Derecho aplicable de forma que exceda en su laudo el ámbito de las cuestiones sometidas por las partes a su decisión.

Bibliografía

- BLACKABY, N. y CHIRINOS, R.: "Consideraciones sobre la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2013, pp. 77 ss.
- BUREAU, D. y MUIT-WATT, H.: *Droit international privé*, t. I, París, 2007.
- CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S *Law of Contract*, 16ª ed., por M. Furmston, Oxford, 2012.
- CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, *Private International Law*, 14.ª ed., por J.J. Fawcett y J.M. Carruthers, Oxford, 2008.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, 2000.
- DE BOER, Th.M.: "Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law", *Recueil des cours*, t. 257, 1996, pp. 223 ss.
- DE LY, F., RADICATI DI BROZOLO, L. Y FRIEDMANN, M.: *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration* (disponible en <http://www.ila-hq.org>).
- DERAINS, Y.: "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, pp. 375 ss.
- DICEY, MORRIS & COLLINS *on the Conflict of Laws*, 14.ª ed., Londres, 2006.
- ESPLUGUES, C., IGLESIAS, J.L. y PALAO, G. (eds.): *Application of Foreign Law*, Munich, 2011.
- FENTIMAN, R.: *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, 1998.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 2004.
- FLESSNER, A.: *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1990.
- GOMES-IGLESIAS ROSÓN, L.: "*Iura novit curia* y principio de contradicción: su aplicación en el arbitraje en España", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, vol. IX, nº 1, pp. 45 ss.
- HARTLEY, T.: "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", *Int'l Comp. L. Q.*, 1996, pp. 271 ss.
- HAUSMANN, R.: "Pleading and Proof of Foreign Law – A Comparative Analysis", *The European Legal Forum*, 2008, pp. 1 ss.
- IGLESIAS, J.L., ESPLUGUES, C., PALAO, G., ESPINOSA, R. y AZCÁRRAGA C.: "Spain", en C. Esplugues, J.L. Iglesias y G. Palao, *Application of Foreign Law*, Múnich, 2011 pp. 355 ss.
- KAHN-FREUND, O.: "General Problems of Private International Law", *Recueil des cours*, t. 143, 1974–III, pp. 139 ss.

- KAUFMANN–KÖHLER, G.: "The governing law: Law or fact?", Markus Wirth (ed.), *Best practices in international arbitration*, Basilea, 2006, pp. 79 ss.
- KEGEL/SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed., Múnich, 2004.
- KROPHOLLER, J.: *Internationales Privatrecht*, 6ª ed., Tübingen, 2006.
- LEW, J.: *Jura Novit Curia and Due Process*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 72/2010, n.º 31 (disponible en <http://ssrn.com>).
- MANN, F.A.: "Fusion of the Legal Professions?", *Law Quarterly Review*, 1977, pp. 367 ss.
- MANTAKOU, A.: "The Misadventures of the Principle *Jura Novit Curia* in International Arbitration – A Practitioner's Approach", *Essays in Honour of Spyridon V. Vrellis*, Atenas, 2014, pp. 487 ss.
- MAYER, P.: "L'interférence des lois de police", *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, París, 1986, pp. 31 ss.
- MAYER, P.: "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *Arb. Int'l*, 1986, pp. 274 ss.
- MAYER, P.: "La liberté de l'arbitre", *Rev. arb.*, 2013, pp. 339 ss.
- MORRIS, J.H.C.: *The Conflict of Laws*, 6ª ed., por D. McClean y K. Beevers, Londres, 2005.
- MOURA VICENTE, D. y BRITO, M.H.: "Portugal", en C. Esplugues, J.L. Iglesias y G. Palao, *Application of Foreign Law*, Munich, 2011, pp. 301 ss.
- MOURA VICENTE, D.: *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1990.
- NEUBERGER, *The Role of the Judge: Umpire in a Contest, Seeker of the Truth or Something in Between?*, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-160819-04.pdf>.
- PAULSSON, J.: *The Idea of Arbitration*, Oxford, 2013.
- PINTO LEITE, A.: "Jura novit curia e a arbitragem internacional", *VI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial. Intervenções*, Coimbra, 2013, pp. 151 ss.
- SCOLES, E., Hay, P., Borchers, P. y Symeonides, S.: *Conflict of Laws*, 4ª ed., St. Paul, 2004.
- SERAGLINI, C.: *Lois de police et justice arbitrale internationale*, París, 2001.