

Recibido: 11 enero 2018
Aceptado: 19 marzo 2018

Arbitraje, vol. X, nº 3, 2017, pp. 661-738

Los Reglamentos Roma I y Roma II en el arbitraje comercial internacional *

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO **

Sumario: I. Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. 1. Marco normativo en la Unión y sus Estados miembros. 2. Reglamentos de arbitraje. 3. Práctica arbitral. II. Alcance del Reglamento Roma I respecto del arbitraje. 1. ¿Carácter vinculante? 2. Los tribunales de los Estados miembros como destinatarios directos del Reglamento. 3. Ámbito de aplicación y trascendencia. III. Reglamento Roma II. 1. Aplicación. 2. Estructura y reglas de conflicto imperativas. IV. Elección por las partes de la ley aplicable: significado de los Reglamentos Roma I y II. 1. Límites a la autonomía de la voluntad. 2. Fuente de referencia. 3. Obligaciones no contractuales. V. Métodos de determinación de la ley aplicable a falta de elección. 1. Generalidades. 2. Contratos. 3. Obligaciones no contractuales. VI. Normas internacionalmente imperativas y reglas de conflicto imperativas. 1. Los Reglamentos Roma I y II y la tutela del orden público de la Unión en el arbitraje. 2. Eficacia de las normas internacionalmente imperativas. 3. Reglas de conflicto bilaterales y alcance de las normas de orden público. VII. Conclusiones.

Resumen: Los Reglamentos Roma I y Roma II en el arbitraje comercial internacional

* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2015-64063 (MINECO/FEDER) y tiene su origen en la ponencia del autor titulada “The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration” en el marco del Seminario “The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration” celebrado en la Universidad de Nueva York (NYU) los días 31 de octubre y 1 noviembre 2016. Dicha ponencia ha sido objeto de publicación con el título “The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration” en F. Ferrari (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Nueva York, Juris Publishing, 2017, pp. 177-243. Todas las páginas web citadas han sido visitadas el 8 octubre 2017.

** Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

Arbitraje, vol. X, nº 3, 2017, pp. 657-738
ISSN 1888-5373
DOI 10.19194/arbitrajeraci.10.3.01

El criterio de que los tribunales arbitrales, incluso con sede en un Estado miembro de la Unión, a diferencia de los tribunales estatales, no se hallan directamente vinculados por los Reglamentos Roma I y II, no excluye que estos instrumentos puedan desempeñar un papel muy significativo en la determinación de la ley aplicable a los contratos por los árbitros en virtud del marco regulatorio al que los árbitros están sometidos y de los métodos por ellos utilizados a tal fin. Se trata de instrumentos relevantes en múltiples situaciones, por ejemplo, cuando los árbitros adoptan un método basado en el recurso a principios generales de Derecho internacional privado o recurren al llamado método acumulativo para determinar la regla de conflicto apropiada. Además, sus disposiciones sobre leyes de policía y orden público pueden resultar de singular interés en relación con el deber de los árbitros de esforzarse por adoptar un laudo susceptible de ejecución.

Palabras clave: ARBITRAJE COMERCIAL – LEY APLICABLE – CONTRATOS – OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES.

Abstract: The Rome I and Rome II Regulations in International Commercial Arbitration

Unlike national courts, arbitral tribunals seated in an EU Member State are not directly bound by the Rome I and Rome II Regulations. This view does not undermine that these instruments may play a significant role in the determination of the law applicable to the substance by arbitral tribunals in the light of the current regulatory framework and the methods used by arbitrators. Those instruments influence arbitral decisions in many situations, for instance, where arbitrators adopt the general principles of choice-of-law method or the so-called cumulative method to establish the law applicable to the dispute. Moreover, their provisions on mandatory rules and public policy may become particularly relevant with regard to the arbitrators' concerns to render an enforceable award.

Keywords: COMMERCIAL ARBITRATION, CHOICE OF LAW, CONTRACTS, NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS.

I. Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional

1. Marco normativo en la Unión y sus Estados miembros

1. Entre las varias cuestiones en materia de ley aplicable que pueden plantearse en el marco del arbitraje comercial internacional¹, la relativa al Derecho aplicable al fondo de la controversia presenta la particularidad de que típicamente es abordada sólo por los árbitros²,

¹ *Vid., v.gr.*, H.A. Grigera Naón, "Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration", *Recueil des Cours*, vol. 289, 2001, pp. 9–396; N. Blackaby y C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxford, OUP, 2009, pp. 163–239; y T.M. de Boer, "Choice of Law in Arbitration Proceedings", *Recueil des Cours*, vol. 375, 2014, pp. 61–87.

² J.D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, Oceana, 1978, pp. 220–580; E. Gaillard and J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Gold-*

ya que las posibilidades de que los tribunales estatales revisen el Derecho o las reglas aplicadas por el órgano arbitral en el marco de una acción de anulación o al decidir sobre el reconocimiento y ejecución de un laudo son muy limitadas. Las posibilidades de revisión básicamente se limitan al control del respeto en el laudo arbitral de la eficacia de normas internacionalmente imperativas³ o la elección por las partes de la ley aplicable⁴. Pero incluso la eficacia de las normas internacionalmente imperativas resulta, como se analizará más adelante, en buena medida independiente de la ley aplicable al fondo del asunto. Además, cuando un tribunal estatal considera que un convenio arbitral no es válido (conforme a la ley aplicable al mismo) o que se trata de una controversia no prevista en el acuerdo arbitral, la determinación de la ley aplicable al fondo por los árbitros pierde su relevancia.

2. En general los instrumentos de la UE en materia de Derecho internacional privado hacen referencia expresa al arbitraje en el marco de las exclusiones a su ámbito de aplicación⁵. Así sucede en el art. 1.2º.d) del Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I refundición o Bruselas I bis)⁶, que excluye “el arbitraje” de su ámbito de aplicación. Por su parte, el Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁷ únicamente menciona el arbitraje en el art. 1.2º.e) para excluir “los convenios de arbitraje” de su ámbito de aplicación material. El Reglamento (CE) 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁸ no hace referencia al arbitraje. Aunque existen opiniones contrapuestas en lo rela-

man on International Commercial Arbitration, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 781–882; and G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2014, pp. 2614–2778.

³ G.B. Born, *International...*, *op. cit.*, pp. 2776–2777.

⁴ L. Silberman y F. Ferrari, “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, F. Ferrari y S. Kröll (ed.) *Conflict of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 257–323, pp. 312–319.

⁵ Representa una excepción el art. 18 del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia (refundición) (DO 2015 L 141, p. 19). En todo caso, la única referencia al arbitraje del Reglamento es ese artículo, que incluye una disposición de aplicación por los tribunales estatales, en la medida en que contempla que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que tenga su sede el tribunal arbitral.

⁶ DO 2012 L 351, p. 1.

⁷ DO 2008 L 177, p. 6.

⁸ DO 2007 L 199, p. 40.

tivo a la aplicación directa de los Reglamentos Roma I y Roma II como instrumentos vinculantes en la determinación por los árbitros de la ley aplicable al fondo de la controversia⁹, cabe destacar que frente a la ausencia de disposiciones específicas en el Derecho de la UE, los Estados miembros tradicionalmente han adoptado normas especiales acerca de la ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional e incluso participan en convenios internacionales que regulan de manera específica esta cuestión.

Resulta significativo que la mayor parte de los Estados miembros de la UE se encuentren vinculados por el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de 21 abril 1961 (Convenio de Ginebra)¹⁰. El art. VII del Convenio de Ginebra trata sobre el Derecho que han de aplicar los árbitros al fondo de la controversia. En primer lugar, establece la libertad de las partes para determinar de común acuerdo la ley aplicable. A falta de elección por las partes, conforme al art. VII los árbitros aplicarán al fondo de la controversia “la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión”. Prevé, además, que en ambos casos los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. Por otra parte, el art. VII.2º permite a los árbitros actuar en calidad de “amigables compondores” si esa es la voluntad de las partes y lo permite la ley aplicada al arbitraje.

3. Asimismo, un rasgo común de las legislaciones sobre arbitraje de la gran mayoría de los Estados miembros de la UE es que contienen disposiciones específicas sobre la ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. Esta situación se ha visto influenciada por la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985 (LMU).

Esta Ley Modelo ha sido utilizada como referencia por muchas de las legislaciones nacionales sobre arbitraje de los Estados de la UE¹¹ y

⁹ Cabe contrastar, por ejemplo, las posiciones, con referencias adicionales, de D. Martiny en C. Reithmann y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht (Das internationale Privatrecht der Schuldverträge)*, 8ª ed., Colonia, Otto Schmidt 2015, pp. 63–65; y P. Mankowski, “Rom I–VO und Schiedsverfahren”, *RfW*, 2011, pp. 30–44, esp. p. 30.

¹⁰ A 8 octubre 2017 son Estados parte del Convenio de Ginebra, entre otros, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania y República Checa (<https://treaties.un.org/>).

¹¹ Según la información de CNUDMI (<http://www.uncitral.org>), más de setenta Estados han adoptado legislación basada en la Ley Modelo de 1985, y entre ellos se incluyen:

dedica su art. 28 a las “normas aplicables al fondo del litigio”. El art. 28 de LMU tiene un contenido muy similar al art. VII del Convenio de Ginebra, en especial su disposición sobre la ley aplicable en defecto de elección, que prevé que en tal caso “el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”. No obstante, su disposición sobre autonomía de la voluntad va referida a la aplicación al fondo del litigio de “las normas de derecho” elegidas, frente a la referencia a “la ley” del Convenio de Ginebra, y precisa que, a menos que se exprese lo contrario, el reenvío queda excluido cuando las partes eligen el derecho de un Estado determinado. Además, autoriza al tribunal arbitral para decidir *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.

En coherencia con la evolución internacional, las legislaciones de los Estados miembros de la UE incorporan disposiciones especiales sobre la ley aplicable al fondo del litigio en el arbitraje comercial internacional. Se trata de disposiciones redactadas para atender a las necesidades particulares del arbitraje y que se alejan de las reglas de conflicto propias de los tribunales estatales, como los Reglamentos Roma I y Roma II.¹² Representan excepciones significativas Italia¹³ y Suecia¹⁴ en la medida en que carecen en sus legislaciones de disposiciones especiales sobre la ley aplicable al fondo en el arbitraje.

4. Las disposiciones de las legislaciones de los Estados miembros sobre ley aplicable al fondo de la controversia otorgan a las partes y

Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Grecia, Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Polonia y Reino Unido.

¹² Vid. J. Poudret y S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2007, pp. 574–607; L. Silberman y F. Ferrari, “Getting...”, *loc. cit.*, pp. 267–305; y G.B. Born, *International...*, *op. cit.*, pp. 2629–2635.

¹³ Vid. A. Bonomi y T. Ballarino “Italy”, en J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari y P. De Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, vol. III, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, vol. III, en prensa, poniendo de relieve que la falta de norma sobre la ley aplicable al fondo de la controversia es una de las carencias más significativas de la legislación italiana sobre arbitraje.

¹⁴ Vid. M. Hellner, “Sweden”, en J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari and P. De Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia...*, *op. cit.*, vol. III, en prensa, destacando que en ausencia de norma sobre el particular existe una notable incertidumbre acerca de la ley aplicable al fondo del litigio en el arbitraje. No obstante, en la práctica de los arbitrajes con sede en Suecia no es rara la referencia a las normas sobre el particular de la Ley Modelo de la CNUDMI y del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, *Vid., v.gr.*, el laudo final en el asunto CCI nº 9771/2001 (sede del arbitraje, Estocolmo), que pone de relieve que el Convenio de Roma no resulta directamente aplicable en el arbitraje, *Yearb. Comm. Arb'n.*, XXIX, 2004, pp. 46–65, pp. 53–54.

los árbitros una gran flexibilidad al determinar la ley o las normas aplicables. En primer lugar, resulta habitual que permitan a las partes autorizar al tribunal arbitral a decidir la controversia *ex aequo et bono* o como amigable componedor, sin necesidad de hacer referencia a normas concretas. En todo caso, las disposiciones nacionales específicas establecen la autonomía de la voluntad de las partes como el criterio básico de determinación de la ley aplicable, si bien cabe apreciar ciertas diferencias en su redacción entre los Estados miembros de la UE. A modo de ejemplo, algunas legislaciones nacionales van referidas a la elección por las partes de la “ley” (o “el Derecho”), como el art. 46(1)(a) de la Ley de arbitraje inglesa de 1996, mientras otras emplean el término “normas jurídicas”, más amplio y flexible, como posible objeto de la elección, como es el caso del art. 34.2º LA. Este último enfoque facilita el criterio de que la elección por las partes de reglas extraestatales puede resultar suficiente en el marco del arbitraje comercial internacional.

5. Las legislaciones nacionales regulan también cómo han de determinar los árbitros la ley (o las normas jurídicas) aplicable en defecto de elección por las partes. En línea con la evolución a nivel internacional, cabe identificar fundamentalmente dos enfoques en las legislaciones sobre arbitraje de los Estados miembros de la Unión. Algunos ordenamientos han optado por el llamado “método directo”, que permite al tribunal arbitral aplicar directamente el Derecho sustantivo (o las normas jurídicas materiales) que estime apropiado sin necesidad de recurrir a normas de conflicto para su determinación. Como ejemplos de este enfoque cabe reseñar el art. 34.2º de la Ley de arbitraje española, el art. 1151 del Código de procedimiento civil francés, el art. 1054(2) del Código de procedimiento civil de los Países Bajos, el art. 600(2) del Código de procedimiento civil austriaco, el art. 49 de la Ley de arbitraje de Hungría, el art. 1119 del Código de procedimiento civil de Rumania, y el art. 1710 del Código judicial de Bélgica.

Otros Estados de la Unión, en línea con la Ley Modelo de la CNUDMI, han adoptado en sus legislaciones el llamado “método indirecto”, que se funda en el recurso a la técnica conflictual y requiere que el tribunal arbitral base la determinación de la ley aplicable en las normas de conflicto de leyes que estime aplicables (o apropiadas). Ejemplos de este enfoque son el art. 46(3) de la Ley de arbitraje inglesa, el art. 28.2º de la Ley de arbitraje danesa, y el art. 47(1)(b) de la Ley de arbitraje escocesa. No obstante, otras legislaciones que se fundan en el “método indirecto” han optado por establecer un criterio de conexión específico basado en la conexión más estrecha. A modo de

ejemplo, en Alemania, en virtud del § 1051 ZPO el tribunal arbitral la ley del país que presenta los vínculos más estrechos con la controversia. Una disposición semejante se encuentra en el art. 52(2) de la Ley de arbitraje portuguesa de 2011¹⁵. Este último enfoque se aproxima en mayor medida a las reglas de conflicto típicas para los tribunales estatales, como las contenidas en los Reglamentos Roma I y Roma II, si bien continúa otorgando una mayor flexibilidad a los árbitros, en particular en la medida en que no proporciona criterios adicionales acerca de cómo concretar el país que presenta los vínculos más estrechos¹⁶.

6. Estas normas especiales sobre determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje contenidas en las legislaciones de Estados miembros de la UE están destinadas a ser aplicadas como parte de la correspondiente *lex arbitri*. En consecuencia, las legislaciones de arbitraje de la gran mayoría de Estados de la UE están elaboradas sobre la base de que las reglas de conflicto ordinarias, como las contenidas en los Reglamentos Roma I y Roma II no son directamente vinculantes para los tribunales arbitrales con sede en su territorio, a diferencia de los que sucede con sus tribunales estatales.

A diferencia de estos últimos, los tribunales arbitrales no son órganos oficiales del Estado en cuestión sino órganos privados con libertad para llevar cabo procedimientos en Estados diversos.¹⁷ En virtud de las disposiciones reseñadas y en atención a sus peculiaridades, se atribuye a los tribunales arbitrales una amplia discrecionalidad en lo relativo a la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia a falta de elección por las partes.

¹⁵ El art. 834 del Código procesal civil italiano contenía una disposición semejante, que fue derogada en 2006, *vid.* R. Hausmann, “Anwendbares Recht vor deutschen und italienischen Schiedsgerichten – Bindung an die Rom I-Verordnung oder Sonderkollisionsrecht?”, *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld, Giesecking, 2011, pp. 971–986, pp. 973–974.

¹⁶ Como excepción y ejemplo de un planteamiento más rígido, se ha puesto de relieve que el Derecho estonio (§742(2) of CCP) establece que a falta de elección por las partes de la aplicable y en defecto de otra previsión legal específica, será de aplicación el Derecho material estonio incluso en arbitrajes en los que estén implicadas partes extranjeras, *Vid.* “Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU”, *Study for the Juri Committee of the European Parliament, PE 509.988*, Brussels, 2014, disponibles en <http://www.europarl.europa.eu/studies>, p. 89, destacando que en comparación con las legislaciones de otros Estados miembros de la UE se trata de una disposición sorprendente e inusual, que se aleja de la tendencia consolidada a atribuir a los árbitros la facultad de determinar la ley aplicable.

¹⁷ *Vid.* G.A. Bermann, *International Arbitration and Private International Law*, Brill–Nijhoff, 2017, pp. 315–318.

2. Reglamentos de arbitraje

7. El marco procedimental aplicable en el arbitraje comercial internacional viene determinado por las concretas reglas de procedimiento conforme a las que deba desarrollarse el arbitraje. Un elemento común a los reglamentos de arbitraje más relevantes tanto en procedimientos *ad hoc* como en arbitrajes institucionales es que incluyen disposiciones específicas sobre la ley aplicable al fondo de la controversia. En el ámbito del arbitraje no administrado, el texto de referencia es el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010). Aunque este Reglamento fue elaborado en parte como una alternativa a las instituciones privadas de arbitraje, en la práctica ha ejercido también una gran influencia sobre los reglamentos de numerosas instituciones de arbitraje en el mundo¹⁸. Además, en concreto en lo relativo a la ley aplicable al fondo de la controversia el criterio adoptado por el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI coincide sustancialmente con el que prevalece en las instituciones de arbitraje más significativas.

Conforme al art. 35.1º Regl. CNUDMI, las partes tienen libertad para elegir las normas de Derecho aplicables al fondo del litigio. En defecto de elección por las partes de “las normas de Derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada”. Además, el art. 35.2º permite al tribunal arbitral decidir como amigable componedor (*ex aequo et bono*) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo. Por último, el art. 35.3º prevé que en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso.

8. Un planteamiento similar han adoptado sobre este particular los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones europeas e internacionales administradoras de arbitrajes comerciales¹⁹. Dichos reglamentos facultan normalmente a los tribunales arbitrales para determinar directamente la ley aplicable al fondo del litigio sin necesidad de tener que recurrir para ello a un sistema de reglas de conflicto. Ejemplos significativos de este enfoque se encuentran en el art. 21 Regl. CCI (en vigor desde el 1 enero 2012)²⁰; el art. 22(3) del Regl. LCIA (en vigor desde el 1 octubre 2014)²¹; el art. 61(a) Regl. OMPI (en

¹⁸ D.D. Caron y L.M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules (A Commentary)*, 2ª ed., Oxford, OUP, 2013, pp. 6–7.

¹⁹ G.B. Born, *International...*, *op. cit.*, pp. 2624–2625; y L. Silberman and F. Ferrari, “Getting...”, *op. cit.*, pp. 267–305.

²⁰ www.iccwbo.org.

²¹ www.lcia.org.

vigor desde el 1 junio 2014)²²; el art. 31 de las International Arbitration Rules of the International Centre for Dispute Resolution (ICDR) / American Arbitration Association (en vigor desde el 1 junio 2014)²³; el art. 22 del Reglamento de arbitraje del Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) (en vigor desde el 1 enero 2010)²⁴; el art. 27(2) del Reglamento de arbitraje del Vienna International Arbitral Centre (VIAC) (en vigor desde el 1 julio 2013)²⁵; el art. 42 del Reglamento de arbitraje del Netherlands Arbitration Institute (NAI) (en vigor desde el 1 enero 2015)²⁶; el art. 3 de las Rules of the Chamber of Arbitration of Milan (2010)²⁷; y el art. 28(1) del Reglamento de arbitraje de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de 2015 (CIMA–Madrid)²⁸.

Otras instituciones de arbitraje prevén que, a falta de elección por las partes, los árbitros apliquen la ley o las normas jurídicas que presenten los vínculos más estrechos con la controversia, pero conservan una significativa flexibilidad en la medida en que no contienen precisiones adicionales al respecto, como ilustra en el art. 23 del Reglamento de arbitraje de la German Institution of Arbitration (DIS–Arbitration Rules 98)²⁹; y el art. 33(1) de las Swiss Rules of International Arbitration (junio de 2012)³⁰.

3. *Práctica arbitral*

9. En coherencia con tal estado de cosas, la práctica del arbitraje comercial internacional en la UE muestra que los tribunales arbitrales no se consideran obligados con carácter general a aplicar las reglas de

²² Disponible en <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/rules/>. El art. 61(a) Regl. OMPI incluye la precisión de que, a menos que se exprese lo contrario, cualquier designación por las partes del Derecho de un Estado determinado se interpretará en el sentido de que se refiere directamente al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus disposiciones relativas al conflicto de leyes, en línea con el art. 28.1º LMU. Una mención similar contienen otros reglamentos, como el art. 22(2) Regl. SCC.

²³ www.icdr.org.

²⁴ www.sccinstitute.com.

²⁵ www.viac.eu.

²⁶ www.nai-nl.org.

²⁷ www.camera-arbitrale.it. Este Reglamento contiene indicaciones adicionales acerca de cómo determinar las normas aplicables a falta de elección por las partes, en concreto, en virtud de su art. 3(3) el tribunal arbitral aplicará las normas que considere apropiadas, tomando en consideración la naturaleza de la relación, las características de las partes y cualesquiera otras circunstancias relevantes.

²⁸ <http://arbitrajecima.com/>.

²⁹ <http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10>.

³⁰ Arbitration Rules of the Swiss Chambers' Arbitration Institution, www.swiss-arbitration.org.

conflicto que vinculan a los tribunales estatales, como es el caso de los Reglamentos Roma I y Roma II. No obstante, esta constatación no excluye que dichos instrumentos puedan desempeñar un papel significativo en muchas situaciones en las que un órgano arbitral ha de determinar la ley aplicable al fondo de la controversia. Tratándose de arbitrajes institucionales, los árbitros se consideran en primer lugar vinculados a decidir con base en las disposiciones sobre Derecho aplicable del reglamento de la institución que administra el arbitraje en cuestión. El enfoque flexible que sobre el particular prevalece en los reglamentos de arbitraje en defecto de elección por las partes otorga una notable discrecionalidad a los árbitros. Como ha quedado ya reseñado, dicho reglamentos, en línea con las normas sobre el particular típicas de las legislaciones estatales en la materia que pueden operar como *lex arbitri*, prevén en primer lugar la aplicación de la ley elegida por las partes y, en defecto de elección, se remiten a la ley o las normas (de conflicto) que los árbitros consideren apropiadas o aplicables. Este enfoque resulta coherente con las políticas legislativas, ampliamente difundidas a nivel internacional, que favorecen la autonomía del arbitraje y han condicionado la evolución reciente de las legislaciones sobre arbitraje de los Estados miembros de la UE.

10. De cara a determinar la ley aplicable al fondo del asunto en defecto de elección por las partes, los árbitros emplean diversos métodos (*vid.* al respecto el apartado V, *infra*). En todo caso, una tendencia habitual en la práctica de las últimas décadas ha sido limitar la trascendencia de la sede del arbitraje a esos efectos. Esta tendencia se relaciona con la escasa vinculación práctica que el desarrollo del procedimiento arbitral puede presentar con la sede del arbitraje, el hecho de que las partes y el objeto de la controversia pueden carecer de relación con la sede del arbitraje, así como la circunstancia de que dicho lugar puede no ser determinado por las partes sino por el tribunal o la institución arbitral.

En consecuencia, no resulta frecuente que los tribunales arbitrales cuando adoptan el llamado método indirecto apliquen directamente las reglas de conflicto ordinarias de la sede del arbitraje en los términos en los que lo haría un tribunal estatal con las reglas de conflicto del foro. Este planteamiento no menoscaba el respeto por parte del árbitro de las reglas específicas del país de la sede, en tanto que *lex arbitri*, sobre la ley aplicable al fondo, en la medida en que se trata de disposiciones que son muy flexibles y no imponen con carácter general

la aplicación directa de las reglas de conflicto ordinarias del foro, como se desprende del art. 28 LMU.

11. La práctica arbitral en los Estados miembros de la UE muestra que no es extraño el recurso por los árbitros a disposiciones del Reglamento Roma I (o del Convenio de Roma)³¹ e incluso del Reglamento Roma II. El empleo de esos instrumentos en el marco del arbitraje es algo bien conocido con respecto, entre otras cuestiones, a la determinación de la ley aplicable al contrato en defecto de elección (art. 4 del Reglamento Roma I y del Convenio de Roma)³²; la validez formal del contrato (art. 11 del Reglamento Roma I y art. 9 del Convenio de Roma)³³; la subrogación legal (art. 15 del Reglamento Roma I y art. 13 del Convenio de Roma)³⁴; o la eficacia de las normas internacionalmente imperativas (art. 9 del Reglamento Roma I, art. 7 del Convenio de Roma y art. 16 del Reglamento Roma II)³⁵.

Ahora bien, las referencias a las disposiciones de esos instrumentos tienen lugar en el marco del arbitraje normalmente en circunstancias en las que resulta claro que los árbitros no consideran que se encuentran directamente vinculados a aplicar esos instrumentos en los mismos términos que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (*vid.* las secciones IV a VI, *infra*).

³¹ Algunos ejemplos aparecen reseñados en B. Yüksel, "The Relevance of the Rome I Regulation to International Commercial Arbitration in the European Union", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 7, n° 1, 2011, pp. 149–178, pp. 158–159; A.J. Bělohávek, "Law Applicable to the Merits of International Arbitration and Current Developments in European Private International Law: Conflict-of-laws Rules and the Applicability of the Rome Convention, Rome I Regulation and Other EU Law Standards in International Arbitration", *Czech Yearbook of Int'l L.*, vol. I, 2010, pp. 25–46, esp. p. 41; y G.B. Born, *International...*, *op. cit.*, p. 2627.

³² *Vid.*, *v.gr.*, laudo final en el asunto CCI n° 6283, *Yearb. Comm. Arb'n.*, vol. XVII, 1992, pp. 178–185, p. 179; laudo final en el asunto CCI núm. 10274, *Yearb. Comm. Arb'n.*, vol. XXIX, 2004, pp. 89 ss, esp. pp. 92–93, afirmando expresamente que la referencia al Convenio de Roma se hace aunque el Convenio no resulte directamente aplicable a la controversia arbitral; y laudo final en el asunto CCI n° 9771/2001, constatando también que el Convenio de Roma no resultaba directamente aplicable, *Yearb. Comm. Arb'n.*, vol. XXIX, 2004, pp. 46–65, esp. p. 54.

³³ *Vid.* laudo final en el asunto CCI n° 13756, *Yearb. Comm. Arb'n.*, vol. XXXIX, 2014, pp. 118 ss, esp. p. 128 (aps. 32 y 33).

³⁴ *Vid.*, *v.gr.*, laudo final parcial de 17 mayo 2005 del Netherlands Arbitration Institute, *Yearb. Comm. Arb'n.*, vol. XXXI, 2006, pp. 172–188, esp. p. 179.

³⁵ *Vid.* laudo final en el asunto n° 158/2011 SCC Arbitration Institute Sweden, *Yearb. Comm. Arb'n.*, vol. XXXVIII, 2013, pp. 253–274, p. 269 (esp. ap. 60).

II. Alcance del Reglamento Roma I respecto del arbitraje

1. ¿Carácter vinculante?

12. En qué medida los tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro de la UE se hallan vinculados por el Reglamento Roma I (y previamente el Convenio de Roma de 1980) al determinar la ley aplicable al fondo ha sido objeto de una significativa controversia, especialmente en el ámbito académico, en el que se han manifestado posiciones abiertamente enfrentadas al respecto³⁶, y resultan habituales enfoques en los que predomina la ambigüedad³⁷. El Reglamento no aborda esta cuestión y tan sólo menciona el arbitraje para excluir “los convenios de arbitraje” de su ámbito de aplicación en el art. 1.2º.e). De acuerdo con la Propuesta de la Comisión, el Reglamento confirma la exclusión de los convenios de arbitraje del Convenio de Roma debido a que son objeto de una normativa satisfactoria a nivel internacional³⁸.

Según el Informe Giuliano–Lagarde³⁹ la exclusión semejante contenida en el art. 1.2º.d) del Convenio de Roma de 1980 se justificaba por algunas razones adicionales. Se consideró al redactar el Convenio que la cláusula de arbitraje resulta autónoma con respecto al contrato en el que se integra, la dificultad de aplicar el criterio de los vínculos más estrechos a los convenios de arbitraje, la dificultad de delimitar los aspectos procesales y los contractuales en este ámbito, así como que al estar en todo caso excluidas las cuestiones procesales y lo relativo a la arbitrabilidad de la controversia, la única cuestión a regular sería el consentimiento. Además, el Informe precisa

³⁶ Entre los autores que han concluido que los árbitros con sede en la Unión se hallan vinculados como los tribunales estatales de dichos Estados a aplicar el Reglamento Roma I, *vid.* P. Mankowski, “Rom I–VO...”, *loc. cit., passim*; B. Yüksel, “The Relevance...”, *loc. cit., passim*; y M.R. McGuire, “Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht?”, *SchiedsVZ*, 2011, pp. 257–267.

³⁷ *Vid.* A.J. Bělohávek, “Law Applicable...”, *loc. cit.*, pp. 40–43; R. Plender y M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 4ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2015, p. 112; y M. McParland, *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, OUP, 2015), poniendo de relieve que la cuestión no ha sido resuelta de manera concluyente (p. 79) y que la solución que se adopte sobre el particular resultaría aplicable por igual al Reglamento Roma I y al Reglamento Roma II (p. 83).

³⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), COM(2005) 650 final, p. 5.

³⁹ M. Giuliano y P. Lagarde, “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, JO 1980 C 282, p. 1.

que la exclusión en materia de arbitraje va referida no sólo a los aspectos procesales sino también a la validez, la formación y los efectos de los convenios de arbitraje. Esta precisión acerca del alcance de la exclusión, en el sentido de que abarca los efectos de los convenios de arbitraje y no sólo los aspectos procesales fue uno de los elementos que favoreció la amplia aceptación del criterio de que el Convenio de Roma no resulta directamente vinculante para los tribunales arbitrales⁴⁰.

13. Ahora bien, la adopción de instrumentos de Derecho de la Unión directamente aplicables en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones ha dado lugar a un intenso debate acerca de si los árbitros están vinculados a aplicar sus disposiciones. Las normas comunes que establece el Reglamento Roma I (y previamente el Convenio de Roma) se aplican a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes –art. 1.1^o)– y debido a su aplicación universal los tribunales de los Estados miembros deben aplicarlas con independencia del nivel de conexión del contrato en cuestión con los Estados miembros (art. 2). Quienes consideran que los tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro de la Unión deben decidir estas cuestiones con base en el Reglamento Roma I al igual que los tribunales de dichos Estados entienden que la ley aplicable al fondo del asunto en materia contractual por parte de los árbitros es una cuestión comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento.

En ese sentido, se destaca que la exclusión del art. 1.2^o.e) del Reglamento Roma I va referida únicamente a “los convenios de arbitraje” a diferencia de la formulación más amplia del art. 1.2^o.d) del Reglamento Bruselas I bis, que excluye el “arbitraje”, al tiempo que se pone de relieve que en virtud de la autonomía de la cláusula arbitral el convenio de arbitraje y el contrato al que va referido puedan quedar sujetos a leyes diferentes⁴¹. Asimismo, se añade que aunque los

⁴⁰ Vid. D. Busse, “Rome I and Rome II: Applicability in International Arbitration”, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, vol. 2013, pp. 23–43, esp. p. 37.

⁴¹ Vid., v.gr., B. Yüksel, “The Relevance...”, *loc. cit.*, esp. p. 155. En apoyo de una interpretación restrictiva del alcance de la exclusión, esta autora pone de relieve que el Informe Giuliano–Lagarde, entre las circunstancias que pueden llevar a apreciar que las partes han elegido la ley de un determinado país, menciona la determinación de la sede del arbitraje en circunstancias que indiquen que el árbitro debería aplicar la ley de ese lugar. No obstante, cabe señalar que el considerando 12 del Reglamento Roma I hace referencia a ese respecto únicamente a “un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato”, entre los factores a considerar al determinar si la elección de la ley

acuerdos de elección del tribunal competente también quedan excluidos por el art. 1.2º.e) del Reglamento Roma I no resulta controvertido que los tribunales estatales cuya competencia se funda en un acuerdo de ese tipo se halla vinculado por el Reglamento Roma I.⁴² Frente al considerando 7 del Reglamento Roma I, que afirma que su ámbito de aplicación material debe garantizar la coherencia con el Reglamento Bruselas I y el Reglamento Roma II, se afirma que la naturaleza procesal del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Nueva York de 1958 favorecen una interpretación más restrictiva de la exclusión del art. 1.2º.e) del Reglamento Roma I⁴³. Como un argumento adicional para sostener que el Reglamento Roma I también regula la ley aplicable al fondo de las controversias en el arbitraje comercial internacional se señala que los destinatarios del art. 3 del Reglamento no son los tribunales sino las partes del contrato⁴⁴.

14. El criterio de que un tribunal arbitral con sede en un Estado miembro de la Unión tiene la obligación, al igual que un tribunal de ese Estado, de aplicar el Reglamento como un instrumento de la Unión se basa en la idea de que los tribunales u órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y los tribunales arbitrales desempeñan una función semejante, así como que en virtud del principio de primacía y de la obligación de aplicación uniforme del Derecho de la Unión, las disposiciones del Reglamento Roma I deben ser aplicadas directamente también por los árbitros a falta de una precisión en sentido contrario en el Derecho de la Unión⁴⁵. Se insiste además en que la diferente naturaleza del Reglamento Roma I con respecto a su antecedente el Convenio de Roma refuerza la idea de que el Reglamento prevalece sobre las disposiciones especiales de los Estados miembros en materia de ley aplicable al fondo en el arbitraje⁴⁶, y que si el Reglamento Roma I no fuera directamente aplicable al arbitraje se pondría en riesgo la efectividad de las normas internacionalmente imperativas de la Unión y el respeto del orden público⁴⁷. Se señala que incluso si el Convenio de Roma no fuera vinculante para los árbitros sí

del contrato se desprende claramente de sus términos. Sobre esta cuestión, *vid.* también las notas a pie 69 y 71, *infra*.

⁴² *Vid.* R. Plender and M. Wilderspin, *The European...*, *op. cit.*, p. 110.

⁴³ *Vid.* P. Mankowski, "Rom I-VO...", *loc. cit.*, pp. 30-31 y 38.

⁴⁴ *Vid.* M.R. McGuire, "Grenzen...", *loc. cit.*, p. 262.

⁴⁵ *Vid.* B. Yüksel, "The Relevance...", *loc. cit.*, pp. 164-165. Asimismo, *vid.* P. Beaumont & P. McEleavy, *Private International Law – A.E. Anton*, Edimburgo, W. Green, 2011, para. 10.46.

⁴⁶ *Vid.* P. Mankowski, "Rom I-VO...", *loc. cit.*, p. 30.

⁴⁷ *Vid.* M.R. McGuire, "Grenzen...", *loc. cit.*, pp. 264-265.

lo es el Reglamento Roma I, en tanto que instrumento directamente aplicable del Derecho de la Unión que prevalece sobre los ordenamientos de los Estados miembros⁴⁸. Para quienes consideran directamente vinculante el Reglamento Roma I para los árbitros, su no aplicación en los arbitrajes con sede en un Estado miembros constituiría un error de derecho y una infracción del Derecho de la Unión, si bien se admite que en virtud del limitado alcance de la revisión judicial del laudo no será determinante en los Estados miembros de la anulación del laudo ni de la denegación de su reconocimiento y ejecución.

15. También el tradicional criterio de que los árbitros han de aplicar las reglas de conflicto del lugar de la sede del arbitraje ha llevado en ocasiones a considerar que los tribunales arbitrales con sede en la Unión deben aplicar el Reglamento Roma I⁴⁹. En este sentido, se ha puesto de relieve que la no aplicación del Reglamento por los tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro de la Unión pondría en peligro la previsibilidad y la seguridad jurídica⁵⁰, especialmente en la medida en que podría llevar a la aplicación de reglas de conflicto diferentes a una misma controversia en función de la validez del convenio de arbitraje, lo que menoscabaría la certeza al tiempo de la celebración del contrato con respecto a la ley aplicable y los derechos y deberes de las partes⁵¹. Ahora bien, este argumento no parece tener en

⁴⁸ Vid. B. Yüksel, “The Relevance...”, *loc. cit.*, pp. 171–174. Sin embargo, esta autora entiende (p. 172) que cuando las partes han acordado someter su controversia a un arbitraje institucional o la aplicación de un reglamento de arbitraje como el de la CNUDMI, serán de aplicación las reglas sobre ley aplicable del correspondiente reglamento de arbitraje y no las del Reglamento Roma I, al considerar eficaz en el marco del Reglamento Roma I la incorporación por las partes de esas reglas al contrato. Ahora bien, este intento de conciliar el carácter supuestamente vinculante para los árbitros del Reglamento Roma I con la práctica arbitral no resulta convincente, en especial debido a que el Reglamento Roma I no ampara la elección por las partes de un sistema conflictual, en particular uno integrado en un instrumento privado.

⁴⁹ En el asunto *Chalbury McCouat International Ltd v PG Foils Ltd* [2010] EWHC 2050 (TCC) (3 agosto 2010), la *England and Wales High Court* consideró que la ley aplicable al fondo de una controversia arbitral era relevante para apreciar la conexión del procedimiento arbitral con Inglaterra requerida para hacer posible la adopción de medidas judiciales de apoyo al arbitraje. Con base en que el criterio de conexión para determinar la *lex causae* debía establecerse conforme a la *lex fori*, la High Court consideró que era previsible que al arbitraje con sede en Inglaterra le fuera aplicable el Derecho inglés en virtud del Reglamento Roma I (aps. 25 a 32). Ahora bien, *vid. Syska v Vivendi Universal SA & Ors* [2008] EWHC 2155 (Comm) (2 octubre 2008) donde se afirma con rotundidad que el Convenio de Roma no es aplicable al arbitraje (ap. 99).

⁵⁰ Vid. A.J. Bělohávek, “Law...”, *loc. cit.*, p. 43.

⁵¹ Vid. P. Mankowski, “Rom I–VO...”, *loc. cit.*, p. 37; y M.R. McGuire, “Grenzen...”, *loc. cit.*, p. 258.

cuenta que esa incertidumbre sobre el estatuto contractual es también algo inherente a otras situaciones, por ejemplo cuando se cuestiona la validez de un acuerdo de prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales de un tercer Estado, pues el tribunal estatal que resulte competente aplicará las reglas de conflicto del foro.

2. *Los tribunales de los Estados miembros como destinatarios directos del Reglamento*

16. En primer lugar, cabe reseñar que incluso el criterio de que los árbitros deben aplicar las reglas de conflicto de la sede del arbitraje en tanto que *lex arbitri* no lleva necesariamente a concluir que los tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro de la Unión se hallan obligados a aplicar en materia contractual el Reglamento Roma I. Las legislaciones de los Estados miembros e incluso instrumentos internacionales como el Convenio de Ginebra de 1961 contienen disposiciones especiales sobre la ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. Los Reglamentos de la UE únicamente prevalecerían sobre las legislaciones de los Estados miembros como reglas de conflicto de la sede del arbitraje en la medida en que los Reglamentos regulen directamente la ley aplicable no sólo por los tribunales estatales sino también por los árbitros. En caso contrario, la ley aplicable al fondo en el arbitraje continuaría básicamente dentro de la competencia legislativa de los Estados miembros, en línea con la tradicional limitación de la Unión a legislar en materia de arbitraje comercial a la luz del marco legislativo internacional y nacional existente. Por consiguiente, determinar en qué medida los instrumentos de la Unión incorporan normas destinadas a regular el arbitraje comercial internacional es fundamentalmente una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión y de los instrumentos adoptados relevantes en este ámbito⁵²

17. Ni en el texto ni en los antecedentes del Reglamento Roma I existen elementos que indiquen que fue adoptado con el propósito de establecer reglas de conflicto que deban ser aplicadas por los árbitros a las controversias del comercio internacional. En la medida en que el art. 1.2º.e) del Reglamento es idéntico al art. 1.2º.d) del Convenio de Roma y no se introdujeron novedades sobre este particular, resulta apropiado considerar que el ámbito de aplicación a este respecto es el

⁵² *Vid.* A. Grimm, “Applicability...”, *loc. cit.*, p. 190.

mismo en ambos instrumentos⁵³. La exclusión del arbitraje es coherente con el criterio de que los aspectos procesales quedan al margen del núcleo de la regulación del régimen de los contratos internacionales⁵⁴, y en virtud de su art. 1.3^o Reglamento Roma I no se aplica al proceso⁵⁵.

Con respecto al contexto de su adopción, resulta muy significativo que al tiempo de la elaboración tanto del Convenio de Roma como del Reglamento Roma I la gran mayoría de los Estados miembros habían adoptado en sus legislaciones sobre arbitraje reglas específicas sobre la ley aplicable al fondo por los árbitros o se encontraban vinculados por convenios internacionales con ese tipo de reglas, en especial el Convenio de Ginebra de 1961⁵⁶. La adopción por los Estados miembros de disposiciones específicas ha tenido lugar tanto antes como después de la aplicación del Convenio Roma I y del Reglamento Roma I. Aunque las conductas de los Estados miembros no pueden alterar el alcance de la legislación de la UE⁵⁷, si resultan un elemento relevante al valorar el trasfondo y contexto del Convenio de Roma I y del Reglamento Roma I al valorar si el legislador pretendió regular la ley

⁵³ Vid. T. Pfeiffer, "Internationales Vertragsrecht vor Schiedsgerichten – Zur Bedeutung der Rom I-Verordnung in der Schiedsgerichtsbarkeit", F. Graf von Westphalen (Hrsg.) *Deutsches Recht im Wettbewerb – 20 Jahre transnationaler Dialog*, 2009, Deutscher Anwalt Verein, pp. 178–189, esp. p. p. 181.

⁵⁴ Vid. S. Schilf, "Römische IPR-Verordnungen – kein Korsett für internationale Schiedsgerichte", *RfW*, 59, 2013, pp. 678–692, esp. pp. 686–688.

⁵⁵ Vid. R. Plender y M. Wilderspin, *The European...*, *op. cit.*, esp. p. 112, considerando con base en el art. 1.3 que incluso si los tribunales arbitrales son destinatarios del Reglamento un tribunal arbitral no estaría obligado a aplicar de oficio el Reglamento si las reglas procesales aplicables exigen que las partes alegen y prueben el Derecho aplicable.

⁵⁶ En caso de que el Reglamento Roma I fuera considerado como un instrumento directamente vinculante para los árbitros, debería tomarse en consideración, con respecto al art. VII del Convenio de Ginebra y sus disposiciones sobre la ley aplicable al fondo de la controversia, que el Reglamento Roma I "no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales" (art. 25.1^o), *vid.* E. Brödermann, "Paradigmenwechsel im Internationalen Privatrecht – Zum Beginn einer neuen Ära seit 17. 12. 2009", *NJW*, 2010, pp. 807–813, esp. p. 809; y R. Plender and M. Wilderspin, *The European...*, *op. cit.*, pp. 111–112. A diferencia del Reglamento Roma I, el Convenio de Ginebra permite a los árbitros, en defecto de elección, determinar la regla de conflicto que estimen apropiada y les autoriza para actuar como amigables compondores cuando las partes les hayan facultado al respecto. No obstante lo anterior, algunos autores que consideran que el Reglamento es también directamente vinculante para los tribunales arbitrales, opinan que el Convenio no incorpora disposiciones que resultan incompatibles con el Reglamento, *vid.* M.R. McGuire, "Grenzen...", *loc. cit.*, esp. p. 263.

⁵⁷ Vid. P. Mankowski, "Rom I–VO...", *loc. cit.*, p. 34.

aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional⁵⁸.

18. El contenido de las legislaciones de los Estados miembros, los convenios internacionales y los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones responden en lo relativo a la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia a un enfoque distinto del modelo del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I. Estos instrumentos difieren en aspectos significativos de los criterios ampliamente aceptados sobre los elementos esenciales del contenido de las modernas legislaciones de arbitraje, de modo que la imposición de su aplicación obligatoria en el arbitraje podría menoscabar el atractivo de los Estados miembros de la UE como sede de arbitrajes, ya que la mayor flexibilidad con respecto a la ley aplicable al fondo ha sido considerada tradicionalmente como una ventaja del arbitraje.⁵⁹ Aunque el alcance de la revisión judicial de las resoluciones de los árbitros es muy limitado, la aplicación imperativa del Reglamento Roma I podría influir en la elección de la sede del arbitraje y la preferencia por países no pertenecientes a la UE, ya que ese enfoque entraría en conflicto con el criterio ampliamente extendido de que, a diferencia de los tribunales estatales, los árbitros no se encuentran directamente vinculados a aplicar las reglas de conflicto generales del sistema de Derecho internacional privado del país de la sede del arbitraje⁶⁰, lo que se corresponde con la existencia de disposiciones específicas sobre el particular en las legislaciones nacionales –y convenios internacionales– sobre arbitraje.

Como resulta de la comparación de la LMU sobre arbitraje con el Reglamento Roma I, las legislaciones modernas de arbitraje se caracterizan por una mayor flexibilidad en lo relativo a la posibilidad de elección por las partes de las normas aplicables, así como acerca de la determinación por los árbitros de la ley o las normas aplicables en defecto de elección⁶¹. A diferencia del régimen del Reglamento Roma I, se halla ampliamente aceptado que las partes pueden autorizar al tribunal arbitral a decidir *ex aequo et bono* o como amigables compo-

⁵⁸ A. Grimm, “Applicability...”, *loc. cit.*, p. 191.

⁵⁹ J.D.M. Lew, *Applicable...*, *op. cit.*, p. 1.

⁶⁰ F. De Ly, “Forum Shopping and the Determination of the Place of Arbitration”, F. Ferrari (ed.), *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*, Munich, Sellier, 2013, pp. 53–68, esp. p. 65.

⁶¹ Acerca de las consecuencias prácticas de la imposición a los árbitros de la obligación de aplicar el Reglamento Roma I, *vid.* D. Busse, “Rome I...”, *loc. cit.*, pp. 24–28; y S. Schilf, “Römische...”, *loc. cit.*, pp. 680–683.

nedores, de modo que la controversia se resuelva con base en criterios generales de justicia en lugar de concretas reglas jurídicas⁶². De hecho, cabe constatar que al menos en ciertos Estados miembros la opinión ampliamente aceptada sin significativa discusión es que, a diferencia de los tribunales estatales, los árbitros no se encuentran vinculados con carácter general por el Reglamento Roma I⁶³, y que esa situación es plenamente coherente con el marco normativa nacional e internacional así como con los reglamentos de arbitraje de las diversas instituciones⁶⁴. El Reglamento Roma I no contiene ninguna indicación que sugiera que tenía como objetivo llevar a cabo una alteración drástica de la situación consolidada en la mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros en materia de ley aplicable al fondo de la controversia por los árbitros⁶⁵.

19. El Reglamento Roma I, al igual que el conjunto de los reglamentos adoptados por la UE en el ámbito de la cooperación judicial civil en materia civil y mercantil⁶⁶, está redactado de modo que sus disposiciones aparecen dirigidas directamente a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros sin ninguna indicación de que tengan con carácter general naturaleza vinculante para los árbitros⁶⁷. Algunos ejemplos pueden resultar ilustrativos, en contraste con la ausencia de referencias al arbitraje en el Reglamento. El considerando 6, al tratar de la importancia de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios y la seguridad en cuanto a la ley aplicable, hace referencia sólo a “la libre circulación de resoluciones judiciales” y a la ley nacional designada “con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio”⁶⁸. El considerando 8 menciona “la legislación

⁶² R. Hausmann, “Anwendbares...”, *loc. cit.*, p. 979, destacando que una aplicación estricta del Reglamento Roma I excluiría la posibilidad de que los árbitros pudieran decidir *ex aequo et bono*.

⁶³ *Vid.* con respecto a Francia, P. Mayer, “Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale”, S. Corneloup and N. Joubert (dirs.), *Le Règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, pp. 423–442, esp. p. 428.

⁶⁴ Respecto a España, *vid.* J.C. Fernández Rozas en *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)*, Madrid, CIMA/Iprolex, 2016, p. 303.

⁶⁵ T. Niedermaier, *Schieds- Und Schiedsverfahrensvereinbarungen in Strukturellen Ungleichgewichtslagen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 137.

⁶⁶ Con respecto al Reglamento Roma II, *vid.* además la sección III.A), *infra*.

⁶⁷ T. Pfeiffer, “Internationales...”, *loc. cit.*, p. 181; y G.P. Callies, “Art. 3 Rome I”, in G.P. Callies (ed.), *Rome Regulations (Commentary)*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, p. 99.

⁶⁸ En este contexto se destaca que como el arbitraje está excluido del Reglamento Bruselas I bis, la aplicación del Reglamento Roma I por los tribunales estatales resulta suficiente para satisfacer el objetivo de evitar el forum shopping, *vid.* Rauscher/J. von Hein, *EuZPR/EuIPR(2016)*, Art 1 Rom I–VO p. 75.

del Estado miembro en que se somete el asunto al tribunal”. Por su parte, el considerando 12 hace referencia al “acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato”. Según el considerando 15, la previsión específica del art. 3.3º sobre contratos internos “debe aplicarse independientemente de que la elección de la ley vaya acompañada de la elección de un órgano jurisdiccional”; en virtud del considerando 16, “el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”; el considerando 37 contempla “el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía”. Además, el art. 1.2º.c) relativo al ámbito de la ley aplicable hace referencia a “los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal”⁶⁹.

Resulta también significativo que Reglamento Bruselas I bis haga explícito que la expresión “órganos jurisdiccionales” no incluye a los árbitros, como se desprende de sus considerandos 11 y 12 y del empleo de la expresión “órgano jurisdiccional” en muchas disposiciones del Reglamento Bruselas I bis, incluida la primera frase del art. 1.1º acerca de su ámbito de aplicación⁷⁰. La referencia en el considerando 12 del Reglamento Roma I a “órganos jurisdiccionales” (“*courts or tribunals*” en la versión inglesa) coincide con el término empleado en el art. 1.1º del Reglamento Bruselas I bis que no es de aplicación por los árbitros⁷¹. Cabe además señalar que de acuerdo con la posición del Tribunal de Justicia en el asunto *Nordsee*, un procedimiento arbitral establecido en virtud de un acuerdo entre particulares en situaciones en las que las partes tienen la libertad de optar por el arbitraje –como sucede típicamente en el ámbito del arbitraje comercial internacional– no presenta un vínculo suficientemente estrecho con la organización de los recursos legales de ese Estado miembro para que el árbitro pueda ser calificado de “órgano jurisdiccional de uno de los Esta-

⁶⁹ Aunque se ha pretendido que el uso en la versión inglesa de la expresión “courts or tribunals” en los considerandos 12 y 15 favorece la idea de que el Reglamento pretende incluir a los árbitros –*vid.* B. Yüksel, “The Relevance...”, *loc. cit.*, esp. p. 166–, lo cierto es que otras versiones lingüísticas parecen tan claras como la española en el sentido de que esos considerandos van referidos a tribunales estatales, pues al igual que en español emplea “órgano jurisdiccional”; la versión francesa hace referencia a “*jurisdiction*”; la alemana a “*Gericht*”; y la italiana a “*organi giurisdizionali*”.

⁷⁰ El considerando 7 del Reglamento Roma I señala expresamente que su ámbito de aplicación material debe garantizar la coherencia con el Reglamento Bruselas I.

⁷¹ R. Plender and M. Wilderspin, *The European...*, *op. cit.*, pp. 110–111, llegando a la conclusión de que los considerandos del Reglamento Roma I no resultan determinantes para concluir que pretenden ser vinculante para los árbitros.

dos miembros” en el sentido del actual art. 267 TFUE, de modo que no está autorizado para plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia⁷². Por consiguiente, parece apropiado considerar que si bien los tribunales arbitrales pueden –y, en ocasiones, desde la perspectiva de la Unión, deben– aplicar el Derecho de la UE, no se trata de órganos que formen parte del sistema jurisdiccional de los Estados miembros, y no son equiparables a los tribunales estatales en relación con el desarrollo por la Unión de la cooperación judicial en asuntos civiles⁷³.

3. *Ámbito de aplicación y trascendencia*

20. El hecho de que el Reglamento Roma I entre las excepciones a su ámbito de aplicación solo se refiera a “los convenios de arbitraje”, a diferencia de la formulación más amplia de la exclusión del arbitraje en el Reglamento Bruselas I, puede relacionarse con una serie de factores, como la circunstancia de que el Reglamento Roma I tiene como único objeto la regulación precisamente de “obligaciones contractuales”, el contexto de la adopción de este instrumento y fundamentalmente el significado del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias. Debido al objeto del Reglamento Roma I, presenta singular importancia con respecto a su ámbito de aplicación la precisión de que el Reglamento no se aplica a un tipo específico de contrato, como son los convenios de arbitraje.

La validez y eficacia de los convenios de arbitraje son cuestiones que se plantean con frecuencia ante los tribunales estatales, de modo que resultaba razonable abordar de manera expresa este aspecto en concreto al determinar el ámbito de aplicación material del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I. Otros aspectos del arbitraje, como el reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales, pueden ser relevantes con respecto al ámbito del Reglamento Bruselas I pero no del Reglamento Roma I por lo que no había necesidad de considerarlos en este. Además, a la luz del marco normativo existente en los Estados miembros de la Unión al tiempo de la adopción del Reglamento Roma I parece razonable que el legislador de la UE elaborara reglas de conflicto generales en materia de obligaciones contractuales que resultaran directamente vinculantes para los tribunales de los Estados miembros, ya que la ley aplicable al fondo de la controversia en el

⁷² STJUE de 23 marzo 1982, as. 102/81, *Nordsee*, ap. 13.

⁷³ Alcanzando esta conclusión tras analizar la legislación y la práctica en materia de arbitraje de todos los Estados miembros de la Unión, *vid.* “Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU”, *Study...*, *op. cit.*, esp. p. 200.

arbitraje comercial internacional era objeto de reglas específicas diferenciadas de las normas de conflicto generales en la práctica totalidad de los Estados miembros. En consecuencia, tratándose de controversias sometidas a arbitraje las normas relevantes son en principio las reglas sobre arbitraje de la *lex arbitri* y no sus reglas de conflicto generales sobre ley aplicable a los contratos que son las que resultan desplazadas en los ordenamientos de los Estados miembros por el Reglamento Roma I⁷⁴.

21. Este planteamiento acerca del alcance del Derecho internacional privado de la Unión resulta también coherente con la naturaleza del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias en la UE y sus Estados miembros. El arbitraje comercial internacional se ha desarrollado como una alternativa frente a la litigación ante los tribunales estatales. Las controversias sometidas a arbitraje han de tratar sobre materias de libre disposición conforme a derecho, de modo que son cuestiones sobre las que las partes pueden pactar libremente. Además, a diferencia de los tribunales estatales, los tribunales arbitrales no son órganos que forman parte de un Estado. Como puso de relieve el propio Tribunal de Justicia, incluso cuando se trata de un arbitraje de derecho en el que el árbitro debe fallar con arreglo a Derecho, a diferencia de los tribunales estatales, los árbitros no ejercen sus funciones como órganos de un Estado, ya que típicamente en el arbitraje privado las autoridades públicas no están implicadas en la elección de la vía arbitral y no pueden intervenir de oficio en el desarrollo del procedimiento ante el árbitro⁷⁵.

Cuando las partes optan por el arbitraje para la resolución de controversias en el comercio internacional, los ordenamientos jurídicos tienden a reconocer una amplia libertad a las partes y una mayor flexibilidad a los árbitros al determinar la ley aplicable al fondo del litigio. Incluso se permite que las partes autoricen a los árbitros a decidir *ex aequo et bono* o como amigables componedores. La admisión de esta mayor flexibilidad en el ámbito del arbitraje resulta coherente con la opción seleccionada por las partes al elegir la vía arbitral, los intereses implicados y las necesidades y preferencias de las partes⁷⁶. El TJUE también ha resaltado la importancia de la función de control en materia de arbitraje que corresponde a los tribunales de los Esta-

⁷⁴ Vid. J. Basedow, "Vertragsstatut und Arbitrage nach neuen IPR", *Jahrbuch für die Praxis des Schiedsgerichtsbarkeit* 1 (1987), pp. 3–22, esp. pp. 16–19; y G. Schulze, "Art. 5 Rome I", in G.P. Callies (ed.), *Rome...*, *op. cit.*, p. 130.

⁷⁵ STJUE de 23 marzo 1982, asunto 102/81, *Nordsee*, aps. 10–12.

⁷⁶ Vid. D. Busse, "Rome...", *loc. cit.* pp. 40–42.

dos miembros, si bien ha concluido que las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos tenga carácter limitado y solo puedan ser anulados o denegado su reconocimiento en situaciones excepcionales⁷⁷. En todo caso, el respeto por los árbitros de las normas internacionalmente imperativas y del orden público de la UE dentro de su ámbito de aplicación resulta clave para salvaguardar la eficacia de sus laudos en la Unión⁷⁸ (*vid.* la sección VI, *infra*).

22. El criterio de que los tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro, a diferencia de los tribunales estatales, no se hallan directamente vinculados por el Reglamento Roma I, no excluye que este Reglamento pueda desempeñar un papel muy significativo en la determinación de la ley aplicable a los contratos por los árbitros en virtud del marco regulatorio al que los árbitros están sometidos y de los métodos por ellos utilizados a tal fin. Los métodos más habituales para la determinación por los árbitros de la ley aplicable al fondo de la controversia, cuando consideran necesario seleccionar a tal fin un ordenamiento estatal, se basan en gran medida en el recurso a las normas de Derecho internacional privado de los Estados con los que la controversia está vinculada. Con independencia de que los árbitros, incluso cuando la sede del arbitraje se encuentra en la UE, no se hallen obligados a aplicar el Reglamento Roma I como instrumento que les vincule directamente, en muchas situaciones tienen la capacidad de recurrir a sus disposiciones y en la práctica tienden a hacerlo en atención al significado, alcance, contenido y trascendencia del Reglamento⁷⁹. Ese enfoque tampoco excluye que pueda resultar exigible a los árbitros –al menos desde la perspectiva del Derecho de la UE– el respeto al orden público de la UE (y de sus Estados miembros) así como dar efecto a sus normas internacionalmente imperativas en línea con el creciente significado del arbitraje como mecanismo para hacer efectiva la tutela de sectores del Derecho de la Unión caracterizados por su naturaleza imperativa⁸⁰ (*vid.* las secciones IV a VI, *infra*).

23. La exclusión de “los convenios de arbitraje” del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I no repercute sobre el régimen aplica-

⁷⁷ STJUE de 1 junio 1999, C-126/97, *Eco-Swiss*, ap. 35.

⁷⁸ *Vid.*, *v.gr.*, N. Blackaby y C. Partasides, *Redfern and Hunter...*, *op. cit.*, p. 207.

⁷⁹ P. Mayer, “Le choix...”, *loc. cit.*, pp. 427-428.

⁸⁰ N. Shelkopyas, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003, pp. 294-295.

ble al contrato principal por los tribunales de los Estados miembros en la medida en que lleguen a tener competencia para conocer sobre el mismo. A modo de ejemplo, en caso de que el convenio arbitral no sea válido resulta claro que el tribunal estatal se hallará vinculado como en el resto de las situaciones por el Reglamento Roma I al determinar la ley aplicable al contrato principal. Por otra parte, no debe descartarse que la legislación de un Estado miembro pueda prever que el Reglamento Roma I sea aplicable a cuestiones excluidas del ámbito material del Reglamento sobre las que los Estados miembros conserven la competencia legislativa⁸¹. La constatación de que el Reglamento Roma I no regula la determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje implica que los Estados miembros mantienen en la actualidad la competencia para adoptar disposiciones al respecto como resulta habitual, a la luz del panorama presentado en la sección I, *supra*⁸². Por consiguiente, la eventual aplicabilidad de disposiciones del Reglamento Roma I más allá de su ámbito de aplicación a materias regidas por el Derecho de los Estados miembros (y no de la Unión) resulta una cuestión de Derecho nacional⁸³.

No cabe, por lo tanto, descartar que en lugar de establecer disposiciones específicas sobre la ley aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional, un Estado miembro pueda decidir que sus reglas de conflicto generales, como puede ser el caso del Reglamento Roma I en materia de contratos, resulten de aplicación por los árbitros –en tanto que reglas de la *lex arbitri*– al determinar la ley aplicable al fondo. Ahora bien, un planteamiento de ese tipo resultaría claramente alejado de las tendencias prevalentes en la actualidad en materia de legislación sobre arbitraje, como refleja su contraste con el contenido de la LMU y su singular éxito como referencia de los legisladores nacionales en la materia. Cuestión distinta es que en ocasiones las disposiciones específicas sobre la ley aplicable al fondo de la controversia en el marco del arbitraje adoptadas por Estados miembros recurran al empleo de conexiones que son relevantes en el marco del Reglamento Roma I. En este sentido, ha que-

⁸¹ Hasta fechas reciente el Código civil de los Países Bajos ofrecía un ejemplo de esa posibilidad en la medida en que su art. 154, Libro 10, extendía la aplicación del Reglamento Roma I a todas las obligaciones contractuales excluidas de su ámbito material en virtud del art. 1.2º del Reglamento. Bajo ese régimen los tribunales holandeses debían aplicar el Reglamento Roma I al determinar la ley aplicable a los convenios de arbitraje, a pesar de la exclusión de esa cuestión según el art. 1.2º.e) del Reglamento, *vid.* T.M. de Boer, “Choice...”, *loc cit.*, p. 74.

⁸² J. von Hein, *MüKoBGB*, Bd. 10, Einl. IPR, 6ª ed., 2015, pp. 121–122.

⁸³ En el marco del Convenio de Roma, *vid.* J. Basedow, “Vertragsstatut...”, *loc. cit.*, p. 4.

dado ya reseñado que tanto el § 1051 ZPO en Alemania como el art. 52(2) de la Ley de arbitraje portuguesa de 2011 prevén que el tribunal arbitral aplicará la ley del país que presenta los vínculos más estrechos con la controversia. En tales circunstancias podrá plantearse en qué medida la interpretación del criterio basado en la aplicación de la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos con el contrato previsto en el art. 4 del Reglamento Roma I resulta relevante al interpretar las normas nacionales sobre ley aplicable al fondo por los árbitros⁸⁴. Ahora bien, ese aspecto relativo a la interpretación de disposiciones de las legislaciones nacionales en un ámbito no unificado no es una cuestión de Derecho de la UE.

III. Reglamento Roma II

1. Aplicación

24. Habitualmente las controversias objeto de arbitraje presentan carácter contractual, pues la elección de esta vía de solución de diferencias tiene lugar mediante un convenio arbitral que con frecuencia las partes concluyen al hilo del establecimiento de una relación contractual. No obstante, habida cuenta de la amplia aceptación del arbitraje respecto de las materias de libre disposición conforme a derecho, las controversias relativas a obligaciones extracontractuales se consideran normalmente arbitrables. De este modo, también en la práctica se ha constatado que la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de las obligaciones extracontractuales presenta en las situaciones transfronterizas especial complejidad⁸⁵. Los procedimientos de arbitraje relativos a obligaciones extracontractuales no resultan excepcionales y se han incrementado al hilo de la práctica de extender el alcance de las cláusulas arbitrales, pues tienden a redactarse en términos muy amplios, de modo que incluyan cualquier controversia –incluidas las relativas a obligaciones extracontractuales– derivada del contrato al que van referidas o sencillamente que guarde relación con el mismo.

Por consiguiente, también con respecto al Reglamento Roma II resulta controvertido en qué medida los árbitros se encuentran vinculados por dicho instrumento para determinar la ley aplicable a las

⁸⁴ T. Pfeiffer, “Internationales ...”, *loc. cit.*, pp. 181–182; y D. Martiny, *MüKoBGB*, Bd. 10, Vor Art. 1 RomI–VO, 6ª ed., 2015, pp. 179–180.

⁸⁵ *Vid., v.gr.*, laudo final de 1 agosto 2003 del Netherlands Arbitration Institute, *Yearb. Comm. Arb'n.*, vol. XXIX, 2004, pp. 133–157, esp. p. 153.

obligaciones extracontractuales en los arbitrajes cuya sede se encuentra en la UE. A diferencia del Reglamento Roma I, el Reglamento Roma II no contiene ninguna referencia al arbitraje entre las exclusiones de su ámbito material de aplicación y su considerando 8 afirma que “el Reglamento debe aplicarse con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca de la demanda”. Sobre la base del texto de este considerando en particular en la versión inglesa (“*the Regulation should apply irrespective of the nature of the court or tribunal seised*”), algunos autores han concluido que los árbitros –o tribunales arbitrales– se encuentran también directamente vinculados, como los tribunales de los Estados miembros, por el Reglamento Roma II⁸⁶. A diferencia del resto del Reglamento Roma II que en su versión inglesa sólo se refiere a “*courts*”⁸⁷, el considerando 8 va referido a “*court or tribunal*”. Ahora bien, se trata de un argumento que no parece determinante para fundar esa conclusión.

25. Tomando en consideración el marco legal en materia de arbitraje de los Estados miembros al tiempo de la adopción del Reglamento, así como el significado del arbitraje en tanto que mecanismo alternativo de solución de controversias y el contenido de los demás instrumentos de la Unión adoptados en el seno de la cooperación judicial en materia civil, la ausencia de una exclusión expresa del arbitraje en el Reglamento Roma II no parece un elemento determinante para concluir que los tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro se hallan directamente vinculados a aplicar el Reglamento. Aunque su redacción en inglés pudiera suscitar alguna duda, el mencionado considerando 8 va referido únicamente a la exigencia de que el Regla-

⁸⁶ Vid. G. Wagner, “Die neue Rom II-Verordnung”, *IPRax*, 2008, pp. 1–17, esp. p. 3; y A.J. Bělohávek, *Arbitration Law of Czech Republic: Practice and Procedure*, New York, Juris, 2013, pp. 1811–1812.

⁸⁷ Considerandos 6 (“*court in which an action is brought*”), 10 (“*the Member State in which the court is seised*”), 14 (“*the court seised*”); 16 (“*Uniform rules should enhance the foreseeability of court decisions*”), 22 (“*to choose to base his or her claim on the law of the court seised*”), 25 (“*the Member State in which the court is seised*”); 31, 32 (“*the courts of the Member States*” and “*the legal order of the Member State of the court seised*”) y 33 (“*the court seised*”); arts. 6.2º.b) (“*sues in the court of the domicile of the defendant*”... “*can only choose to base his or her claim on the law of that court*” “*...affects also the market in the Member State of that court*”); art. 15.d) (“*within the limits of powers conferred on the court by its procedural law*”); art. 30.1.i) (“*the extent to which courts in the Member States apply foreign law*”). El término utilizado en la versión española de los considerandos 6, 10 y 32 y los arts. 6.2.b) y 15.d) es “tribunal”; el considerando 16 hace referencia a “resoluciones judiciales”; mientras que en los considerandos 14, 22, 25, 31, 32 y 33 y en el art. 30.1.i) se emplea “órgano jurisdiccional”, al igual precisamente que en el considerando 8.

mento Roma II se aplique con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, es decir de la existencia, por ejemplo, de diversos órdenes jurisdiccionales –civil, penal...– en los Estados miembros⁸⁸, en línea con lo dispuesto, entre otros en el art. 1.1^o del Reglamento Bruselas I bis y con lo que resulta de un análisis comparativo del texto del considerando 8 en otras lenguas⁸⁹. La conveniencia de una referencia de ese tipo en el Reglamento Roma II y su ausencia en el Reglamento Roma I resulta coherente con la importancia en él ámbito de la responsabilidad extracontractual de la división del sistema jurisdiccional de algunos Estados miembros entre tribunales del orden civil, penal, contencioso–administrativo... Cabe recordar a este respecto que el art. 7.3^o del Reglamento Bruselas I bis con respecto a las acciones por daños y perjuicios contempla la posibilidad de que el órgano jurisdiccional que conozca de un proceso penal pueda ser competente para conocer de la acción civil.

La estrecha vinculación entre los Reglamentos Roma I y Roma II y el Reglamento Bruselas I favorece el criterio de que la exclusión del arbitraje se proyecta sobre los tres instrumentos, en línea con la aceptación del legislador de la Unión de la peculiaridad del arbitraje como vía de solución de controversias diferenciada de la litigación ante tribunales de Estados miembros⁹⁰. El considerando 7 del Reglamento Roma II recoge expresamente que su ámbito de aplicación material y sus disposiciones han de ser interpretadas de modo que se garantice su coherencia con el Reglamento Bruselas I bis y con el Reglamento Roma I. La estrecha conexión entre los tres instrumentos es un elemento relevante en la interpretación del Reglamento Roma II⁹¹. Acerca del considerando 8 resulta muy significativo que su texto –incluso en la versión en inglés– reproduce el del art. 1.1^o del Reglamento Bruselas I. Según esta norma también el Reglamento Bruselas I se aplica “con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional” y en la versión en inglés “*whatever the nature of the court or tribunal*” y no cabe duda de que únicamente los tribunales de los Es-

⁸⁸ A. Dickinson, *The Rome II Regulation (The Law Applicable to Non-contractual Obligations)*, Oxford, OUP, 2008, p. 158.

⁸⁹ El considerando 8 se refiere solo a “órgano jurisdiccional” en español; “*Gerichts*” en alemán; “*organo giurisdizionale*” en italiano; “*gerecht*” en neerlandés; y “*tribunal*” en portugués.

⁹⁰ D. Busse, “Rome...”, *loc. cit.*, pp. 35–37.

⁹¹ S. Francq, “Les champs d’application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique. En passant par la théorie générale...”, M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot-Peruzzetto (dirs.), *La matière civile et commerciale, socle d’un code européen de droit international privé?*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 35–68, esp. pp. 36–48.

tados miembros –y no los árbitros– son destinatarios directos del Reglamento Bruselas I.

26. Existen argumentos adicionales que llevan a concluir que los árbitros no se hallan vinculados por el Reglamento Roma II en los términos en los que lo están los tribunales de los Estados miembros⁹². En este sentido, cabe reseñar que en el marco del Reglamento Roma II no existía necesidad de una excepción específica en materia de arbitraje, como las contenidas en los Reglamentos Bruselas I y Roma I con el propósito de garantizar la coherencia entre esos instrumentos y los convenios internacionales, especialmente el Convenio de Nueva York de 1958. También se ha destacado que los árbitros no constituyen “un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros” en el sentido del art. 267 del TFUE, que la adecuada tutela de los objetivos especialmente relevantes de ciertas disposiciones del Reglamento Roma II queda garantizada mediante la intervención de los tribunales de los Estados miembros en la revisión de laudos arbitrales y la obligación de respetar en el marco del arbitraje el orden público y las normas internacionalmente imperativas de la UE, así como que una interpretación del Reglamento Roma II que llevara a considerarlo en los arbitrajes con sede en la UE como vinculante en los mismos términos que lo es para los tribunales de los Estados miembros menoscabaría su atractivo como sede de arbitrajes en comparación con otros países que admiten una mayor flexibilidad en lo relativo a la ley aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional.

Otro elemento indicativo de que los destinatarios directos del Reglamento Roma II como instrumento directamente aplicable son los tribunales de los Estados miembros se encuentra en la cláusula de revisión de su art. 30. En relación con la aplicación del Reglamento la cláusula destaca la importancia de conocer la forma de tratar el Derecho extranjero en las diferentes jurisdicciones y la medida en que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros aplican en la práctica el Derecho extranjero. La preocupación por la falta de uniformidad en el tratamiento del Derecho extranjero por los tribunales de los Estados miembros fue también objeto de una Declaración de la Comisión publicada en el Diario Oficial con el texto del Reglamento Roma II. Ni el art. 30 ni la Declaración de la Comisión incluyen referencia alguna a la aplicación del Derecho por los árbitros. Esta circuns-

⁹² Vid. A. Dickinson, *The Rome II...*, *op. cit.*, pp. 158–162, quien menciona que una nota a pie en una de las versiones iniciales del Reglamento hacía referencia a su aplicación en el arbitraje pero que la citada referencia fue eliminada y no se incluyó ninguna mención al arbitraje con posterioridad.

tancia es coherente con el alcance del Reglamento Roma II y con el dato de que en el arbitraje comercial internacional no opera propiamente la distinción entre *lex fori* y ley extranjera. La determinación del contenido del Derecho material aplicable puede plantear dificultades similares a los tribunales estatales y arbitrales, incluso en las situaciones de imposibilidad material de conocerlo, pero no son coincidentes las vías de solución de tales dificultades ante los árbitros y los tribunales estatales⁹³.

27. En síntesis, en la misma línea de la conclusión alcanzada con respecto al Reglamento Roma I, cabe considerar que el Reglamento Roma II en tanto que pieza integrante del Derecho internacional privado de la UE resulta de aplicación por los tribunales de los Estados miembros, pero no pretende regular con carácter general cuál ha de ser la ley aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional, de modo que no sustituye a las legislaciones de los Estados miembros en esta materia. Aunque a falta de normas comunes en el seno de la UE, el alcance de las disposiciones de la *lex arbitri* sobre ley aplicable al fondo por los árbitros es una cuestión de interpretación del correspondiente Derecho nacional⁹⁴ –y en su caso del Convenio de Ginebra de 1961–, en términos generales esas disposiciones, al igual que las normas equivalentes de los reglamentos de arbitraje de las instituciones más significativas, no se encuentran en su redacción limitadas a las controversias contractuales de modo que parecen abarcar el conjunto de las materias susceptibles de arbitraje⁹⁵.

Además, el hecho de que el Reglamento Roma II no resulta directamente vinculante para los tribunales arbitrales⁹⁶ no excluye que se trata de un instrumento que puede resultar muy relevante en el marco

⁹³ Y. Derains, “Foreword”, F. Bortolotti y P. Mayer (eds.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Paris, ICC, 2014, pp. 5–6, esp. p. 5. Acerca de la comparación entre la determinación del contenido del derecho extranjero por tribunales estatales y el desarrollo de principios sobre la determinación del derecho material por los árbitros, *vid.* ILA Committee on International Commercial Arbitration, “Final Report. Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration”, Rio de Janeiro, 2008.

⁹⁴ A modo de ejemplo, en Alemania con respecto a la interpretación del § 1051 ZPO, *vid.* T. Niedermaier, *Schieds—...*, *op. cit.*, pp. 138–139.

⁹⁵ R. Hausmann, “Anwendbares...”, *loc. cit.*, p. 983; y S. Schilf, “Römische...”, *loc. cit.*, p. 680.

⁹⁶ Poniendo de relieve que incluso en ausencia de fuerza vinculante directa del Reglamento Roma II para los tribunales arbitrales, los árbitros pueden estar obligados o facultados a aplicar el Reglamento en virtud del acuerdo entre las partes, disposiciones de Derecho nacional o de algún reglamento de arbitraje, *vid.* A. Halfmeier, “Art. 1 Rome II”, in G.P. Callies (ed.), *Rome...*, *op. cit.*, p. 469.

de controversias extracontractuales sometidas a arbitraje (*vid.* las secciones IV y V, *infra*). Al igual que en el caso del Reglamento Roma I, esta conclusión no afecta ni al deber de los árbitros de adoptar un laudo susceptible de ser ejecutado, al tiempo que la función de control del arbitraje por parte de los tribunales de los Estados miembros condiciona la exigencia de que los árbitros respeten el orden público y las normas internacionalmente imperativas de la Unión (sección VI, *infra*). A este respecto resulta especialmente relevante que el Reglamento Roma II contiene ciertas reglas de conflicto que no pueden ser modificadas por las partes, en la medida en que excluyen la autonomía de la voluntad.

2. Estructura y reglas de conflicto imperativas

28. En virtud del art. 14 del Reglamento Roma II las partes pueden convenir someter las obligaciones extracontractuales a la ley que elijan. A falta de elección por las partes, la regla general se contiene en el art. 4, que se funda en el principio de proximidad o de conexión más estrecha⁹⁷. Conforme al art. 4, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas. Sin embargo, cuando tanto la persona cuya responsabilidad se alega como la perjudicada tengan su residencia en el mismo país en el momento de producirse el daño, se aplicará la ley de este país (art. 4.2º). Además el ap. 3 del art. 4 incorpora una cláusula de escape, en virtud de la cual puede resultar de aplicación la ley de otro país con el que el hecho dañoso presente vínculos manifiestamente más estrechos. Incluye la precisión de que ese vínculo manifiestamente más estrecho con otro país puede estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.

Reglas de conflicto especiales, que prevalecen sobre la general, aparecen previstas en el Reglamento en materias concretas, como la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (art. 5), competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia (art. 6), daño medioambiental (art. 7) e infracción de los derechos de propiedad intelectual (art. 8). Asimismo, el Reglamento Roma II contiene reglas del conflicto en materia de obligaciones extracontractuales.

⁹⁷ A. Junker, *MüKoBGB*, Bd. 11, Vor Art. 1 Rom II–VO, 6ª ed., 2015, pp. 867–869.

les derivadas de un enriquecimiento injusto (art. 10), gestión de negocios (art. 11) y culpa *in contrahendo* (art. 12).

29. Como excepción a la libertad de las partes de elegir la ley aplicable a las obligaciones contractuales que establece el art. 14 del Reglamento Roma II, los arts. 6.4^o y 8.3^o prevén que la ley designada en virtud de esas disposiciones no puede excluirse mediante un acuerdo entre las partes⁹⁸. El fundamento de la *lex loci protectionis* en materia de derechos de propiedad intelectual (incluidos los de propiedad industrial) así como del criterio de los efectos en el mercado en el ámbito de la competencia desleal y el Derecho *antitrust* determinan los regímenes especiales previstos en estos dos sectores, que incluyen el dotar de carácter imperativo a las reglas de conflicto que a diferencia de las otras previstas en el Reglamento Roma II no pueden ser modificadas por acuerdo de las partes.⁹⁹

30. La unificación de la ley aplicable a la infracción de los derechos de propiedad intelectual se basa en el Reglamento Roma II en el “principio *lex loci protectionis* que se reconoce universalmente”, según afirma su considerando 26. Conforme al art. 8.1^o la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección. La necesidad de incluir una regla especial en esta materia deriva de que las normas generales del Reglamento no responden a las peculiares exigencias de las obligaciones extracontractuales derivadas de la infracción de estos derechos de carácter estrictamente territorial que han conducido a la aceptación a nivel internacional del criterio *lex loci protectionis*¹⁰⁰. Se trata de un enfoque coherente con la idea de que estos derechos territoriales presentan una especial conexión con el sistema económico del país en cuestión y que lleva a la prevalencia de los intereses estatales en este sector.

31. El art. 6 del Reglamento Roma II responde a la idea de que la peculiar función y objetivos de las legislaciones sobre competencia

⁹⁸ Vid. P.A. De Miguel Asensio, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices: Coherence or Divergence?”, S. Leible y A. Ohly (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 137–190.

⁹⁹ B. Buchner, “Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht”, *GRURInt*, 2005, 1004–1012; y S. Koos, “Rom II und das Internationale Wirtschaftsrecht”, *ELF*, (2006)(4), II–73–77, esp. p. 76–77.

¹⁰⁰ J. Drexler, *MüKoBGB*, Bd. 11, IntImmGR, 6^a ed., 2015, pp. 1288–1290.

desleal y sobre prácticas restrictivas de la competencia reclaman un tratamiento específico en materia conflictual. La normativa en materia de competencia es un componente del sistema económico, de modo que el mercado constituye un elemento determinante de cara a establecer la ley aplicable. La función reguladora del mercado del Derecho de la competencia se corresponde con el criterio de que su aplicación a actividades que producen efectos sustanciales en el mercado en cuestión no puede quedar subordinada a la voluntad de las partes. Este planteamiento resulta fundamental para garantizar la igualdad de condiciones de competencia en el mercado y la no discriminación entre competidores, así como una protección adecuada de los intereses de los consumidores. La aplicación de las normas sobre competencia del país (o mercado) en cuestión no puede ser sustituida mediante la elección por las partes de un ordenamiento extranjero, de modo que el art. 6.4º del Reglamento Roma II excluye la autonomía de la voluntad en el ámbito de la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia¹⁰¹.

32. En relación con estas reglas de conflicto del Reglamento Roma II que presentan carácter imperativo al excluirse que las partes puedan elegir la ley aplicable, se plantea la cuestión de si la no aplicación de esas disposiciones en el marco de un procedimiento arbitral puede dar lugar a la anulación del laudo o a que su ejecución sea rechazada en los Estados miembros de la UE¹⁰². La cuestión de en qué medida la falta de respeto de esas reglas de conflicto imperativas implica que el laudo arbitral sea contrario al orden público de la UE (o de algún Estado miembro) resulta de gran importancia práctica con respecto a los árbitros cuya actividad puede ser objeto de control por los tribunales de los Estados miembros (*vid.* sección VI, *infra*).

IV. Elección por las partes de la ley aplicable: significado de los Reglamentos Roma I y II

1. Límites a la autonomía de la voluntad

33. Si bien el Reglamento Roma I facilita el recurso a la autonomía de la voluntad de las partes como mecanismo para favorecer la segu-

¹⁰¹ U. Immenga, *MüKoBGB*, Bd. 11, IntWettbR/IntKartellR, 6th ed., 2015, pp. 1126–1126; and J. Drexler, *MüKoBGB*, Bd. 11, IntLautR, 6th ed., 2015, p. 1214.

¹⁰² Rauscher / H. Unberath / J. Cziupka, *EuZPR/EuIPR*(2016), Art 1 Rom II–VO, p. 660.

ridad jurídica en la contratación mercantil internacional y atribuye un amplio alcance a la libertad de elección de la ley aplicable como criterio básico en su art. 3¹⁰³, lo cierto es que existe amplio consenso acerca de que el Reglamento impone restricciones a la autonomía de la voluntad que van más allá de las previstas en las modernas legislaciones y reglamentos de arbitraje, como refleja su comparación, por ejemplo, con el art. 28 LMU sobre arbitraje comercial internacional y el art. 35 del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI. Ciertamente, como ha quedado reseñado en la sección I, *supra*, resulta habitual en las legislaciones sobre arbitraje y en los reglamentos la inclusión de una disposición sencilla y muy amplia sobre esta materia, que se limita a establecer que las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas (o la ley) que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia.

Este tipo de disposiciones, tanto en las legislaciones nacionales como en los reglamentos de arbitraje, se interpretan en el sentido de que otorgan a las partes una libertad mayor que el art. 3 del Reglamento Roma I, en particular en la medida en que autorizan a las partes a elegir: reglas extraestatales como ley del contrato; las reglas de conflicto que han de ser aplicadas por los árbitros; y la ley aplicable en materias distintas de las obligaciones contractuales (y extracontractuales) susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje¹⁰⁴. Además, las partes tienen la posibilidad de autorizar a los árbitros a decidir *ex aequo et bono* o como amigables componedores¹⁰⁵. En consecuencia, la ausencia de carácter directamente vinculante del Reglamento Roma I con respecto a los árbitros con sede en la UE es coherente con la práctica actual de permitir un alcance mayor de la autonomía de las partes en el arbitraje comercial internacional.

34. En virtud del art. 3 del Reglamento Roma I las partes pueden elegir un ordenamiento que carezca de relación con el contrato. El Reglamento admite que en ocasiones la elección solo resulta viable si las partes tienen la posibilidad de seleccionar una ley “neutral”, así como que las partes pueden estar interesadas en elegir un determinado ordenamiento debido a su superior calidad técnica o con el propósito de coordinar la elección de la ley aplicable con un

¹⁰³ Vid. H. Heiss, “Party Autonomy”, F. Ferrari y S. Leible (eds.), *Rome I Regulation (The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe)*, Munich, Selleri, 2009, pp. 1–16.

¹⁰⁴ S. Schilf, “Römische...”, *loc. cit.*, pp. 680–682.

¹⁰⁵ A. M. Al-Hawamdeh, “The Effect of the Rome I Regulation upon the Choice of Non-State Law and “Amiable Composition” by Parties in Arbitration”, *Business L. Rev.*, vol. 33, n° 5, 2012, pp. 116–119.

acuerdo de prórroga de jurisdicción o con la ley aplicable a otra relación existente entre ellas. Este planteamiento del Reglamento se adecua a la tendencia que inspira las modernas legislaciones y reglamentos de arbitraje que no exigen que la ley elegida por las partes sea la de un país con el que su relación o la controversia presente conexión. Sin embargo el art. 3 del Reglamento Roma I admite solo la elección como ley del contrato de la ley de un país (o de un territorio con sus propias normas en materia de contratos), pero no la elección de un mero conjunto de principios y reglas extraestatales como ley del contrato. Por consiguiente, una significativa diferencia puede plantearse entre la aplicación del Reglamento Roma I y las reglas especiales sobre ley aplicable al fondo en el arbitraje en situaciones en las que las partes desean elegir un conjunto de reglas extraestatales.

A diferencia de la Propuesta inicial de la Comisión, la versión final del Reglamento aborda esa cuestión únicamente en su Preámbulo¹⁰⁶. El considerando 13 afirma que el Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional. En consecuencia, no es posible en el marco del Reglamento la designación de un cuerpo normativo de ese tipo como ley del contrato. La llamada autonomía conflictual es solo posible en el Reglamento a favor de la ley de un país, de modo que la elección de reglas extraestatales tiene tan solo el valor de términos que se incorporan al contrato por las partes pero que están subordinados a las disposiciones de la ley del contrato que no puedan excluirse mediante acuerdo¹⁰⁷. Habida cuenta de que los aspectos no regulados en la normativa extraestatal quedarían regidos por la ley aplicable al contrato a falta de elección, resulta aconsejable que las partes

¹⁰⁶ E. Loquin, “Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats”, S. Corneloup y N. Joubert (eds.), *Le Règlement...*, *op. cit.*, pp. 119–136.

¹⁰⁷ No obstante, a medida que los conjuntos de normas extraestatales adquieren un mayor desarrollo puede resultar en la práctica innecesario aplicar la ley del contrato, incluso en situaciones regidas por el Reglamento Roma I, en la medida en que los términos del contrato y las reglas extraestatales designadas regulan todas las cuestiones controvertidas y no entran en conflicto con las normas imperativas de la ley del contrato. Además, en el contexto actual la elaboración y el creciente reconocimiento de conjuntos de reglas extraestatales de elevada calidad, como es el caso de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, favorece la toma en consideración de estos textos también por parte de los tribunales estatales, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, “The Law Applicable to Contractual Obligations: The Rome I Regulation in Comparative Perspective”, J. Basedow y K.B. Pissler (eds.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 191–219, esp. pp. 196–197.

complementen la remisión a esa normativa en el marco del Reglamento Roma I con la designación de la ley de un país como ley del contrato¹⁰⁸.

35. Las legislaciones y reglamentos de arbitraje, de conformidad con el enfoque adoptado por la Ley Modelo y el Reglamento de la CNUDMI, proporcionan normalmente a las partes un mayor margen de elección, que incluye la posibilidad de designar normas transnacionales, la *lex mercatoria* o principios de Derecho del comercio internacional como la normativa aplicable al fondo de la controversia¹⁰⁹. En tales circunstancias, a diferencia de cuando resulta de aplicación el Reglamento Roma I, las partes pueden elegir como ley del contrato un ordenamiento no estatal, como la *Shariah*¹¹⁰. En contraste con los sistemas nacionales, los conjuntos normativos extraestatales no integran un ordenamiento jurídico completo y exhaustivo, de modo que su eventual aplicación como ley del contrato puede generar situaciones en cuyo tratamiento los árbitros gozan de una significativa flexibilidad en comparación con la obligación de los tribunales de los Estados miembros de acudir en todo caso a la ley estatal designada por el Reglamento Roma I en defecto de elección.

La falta de precisión y complitud de los principios, reglas y usos que integran los conjuntos extraestatales puede resultar fuente de incertidumbre. La creciente disponibilidad de conjuntos de normas transnacionales elaborados por instituciones de prestigio puede favorecer la elección por las partes de reglas extraestatales como ley aplicable a un contrato internacional. No obstante, se ha constatado que la aplicación de normas de la *lex mercatoria*, de principios generales de derecho de los negocio o de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales continúa siendo limitada en la práctica, en línea con la circunstancia de que la elección de normas extraestatales como ley del contrato no resulta habitual en la práctica negocial internacional¹¹¹.

Además, las legislaciones y reglamentos sobre arbitraje, a diferencia del Reglamento Roma I, suelen facultar a las partes para elegir no

¹⁰⁸ UNIDROIT, *Model Clauses for Use of UNIDROIT Principles*, <<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2013modelclauses/main.htm>>, Cláusulas modelo 1.2 (a) y (b), pp. 9 ss.

¹⁰⁹ J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 860–863; y A.J. Bělohávek, “Law...”, *loc. cit.*, p. 40.

¹¹⁰ *Vid., v.gr., Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*, en el que la Court of Appeal inglesa, [2004] 4 *All ER* 1072, rechazó la *Shariah* como ley del contrato en el marco del Convenio de Roma de 1980.

¹¹¹ P. Mayer, “Le choix...”, *loc. cit.*, pp. 437–438.

sólo el Derecho sustantivo sino también el sistema conflictual, como el establecido en el Reglamento de arbitraje de una institución¹¹². Una libertad tan amplia facilita la compatibilidad con el respeto a la *lex arbitri* de la aplicación por el árbitro, en un segundo escalón, de un sistema conflictual diferente del establecido en la *lex arbitri*. El sistema designado por las partes es normalmente el previsto en el reglamento de arbitraje designado o de la institución a la que se remiten, sin perjuicio de que en la práctica entre el contenido de esos reglamentos y de las modernas legislaciones sobre arbitraje existe una notable coincidencia en este ámbito.

36. Otra diferencia en relación con el alcance de la autonomía de la voluntad, que determina que la ausencia de carácter vinculante del Reglamento Roma I para los árbitros resulte relevante, deriva de la circunstancia de que muchas legislaciones nacionales y reglamentos de arbitraje establecen, en línea con el art. 28.4º LMU y el art. 35.3º Regl. CNUDMI, que los árbitros “en todos los casos” decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato¹¹³. Se trata de una formulación que facilita la idea de que en el marco del arbitraje los términos contractuales acordados por las partes pueden prevalecer sobre la ley elegida para regir el contrato más allá de lo que es posible ante los tribunales estatales¹¹⁴, en la medida en que conduce a que los términos del contrato prevalezcan sobre las normas imperativas de la ley del contrato, sin perjuicio de la exigencia de asegurar el respeto de las normas internacionalmente imperativas que sean relevantes. Se trata de un planteamiento coherente con la idea de que la aplicación de las legislaciones nacionales –*v.gr.*, de ciertas restricciones ideadas para proteger a una parte débil– a las situaciones internacionales en que se basa la técnica conflictual, puede menoscabar los intereses legítimos que justifican la autonomía de la voluntad en el ámbito de los negocios internacionales.¹¹⁵

De cara a lograr un equilibrio adecuado entre la libertad de las partes para elegir la ley del contrato y la tutela de otros intereses relevantes, el Reglamento Roma I impone ciertas restricciones a la autonomía de la voluntad. En concreto, en el ámbito de los contratos mercanti-

¹¹² R. Hausmann, “Anwendbares...”, *loc. cit.*, pp. 979–980.

¹¹³ El art. 31(2) de las ICDR Rules precisa que esa indicación opera únicamente en arbitrajes relativos a contratos.

¹¹⁴ D.D. Caron and L.M. Caplan, *The UNCITRAL...*, *op. cit.*, p. 117.

¹¹⁵ *Vid.* M.A. Petsche, “International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory”, *Michigan State J. Int'l L.*, vol. 18, 2010, pp. 453–493, esp. pp. 475–476.

les cabe reseñar que el art. 3.4º está orientado a salvaguardar la aplicación de las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, pero el contrato está sometido a la ley de un tercer Estado como consecuencia de la elección por las partes. Además, la tutela de los intereses públicos del foro (incluidos los de la UE) puede justificar en el marco del Reglamento Roma I el recurso a las excepciones relativas al orden público (art. 21) y a las normas internacionalmente imperativas o leyes de policía (art. 9) que prevalecen sobre la ley del contrato. Para hacer posible la toma en consideración de los intereses de otros Estados, el Reglamento contempla la posibilidad de dar efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas (art. 9.3º). En la medida en que estas restricciones se vinculan con la eficacia de normas internacionalmente imperativas y del orden público condicionan la valoración de si un laudo es contrario al orden público de la UE o de un Estado miembro, de modo que pueden resultar relevantes en el ámbito del arbitraje comercial internacional incluso aunque los árbitros no se encuentren vinculados por el Reglamento Roma I (*vid.* sección VI, *infra*).

2. Fuente de referencia

37. La autonomía de la voluntad es un componente esencial de las legislaciones y reglamentos de arbitraje. No obstante, se ha puesto de relieve que con frecuencia esos textos no abordan ciertos aspectos relativos a la elección de la ley aplicable que pueden ser relevantes en la práctica¹¹⁶. Entre esas cuestiones cabe reseñar, a modo de ejemplo, la determinación de si la elección de la ley aplicable debe ser expresa o puede resultar de las circunstancias del caso, el momento de la elección y la posibilidad de modificar la ley elegida, o la ley aplicable a la existencia y validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable. Además, las legislaciones y reglamentos de arbitraje carecen normalmente de indicación sobre otros aspectos que pueden ser relevantes, como las cuestiones que se hallan comprendidas en el ámbito de la ley aplicable al contrato.

A diferencia del contenido típico de las legislaciones de arbitraje y los reglamentos de las instituciones arbitrales, el Reglamento Roma I sí aborda todas esas cuestiones¹¹⁷. Por ejemplo, el art. 3 precisa que la

¹¹⁶ L. Silberman and F. Ferrari, "Getting...", *loc. cit.*, pp. 274–277.

¹¹⁷ R. Hausmann, "Anwendbares...", *loc. cit.*, pp. 980–981.

elección de la ley aplicable puede ser expresa o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso¹¹⁸; que las partes pueden designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato; y que pueden designar (y modificar) la ley del contrato en cualquier momento, si bien la modificación no debe afectar a derechos de terceros. El art. 3.5º en combinación con el art. 10 del Reglamento Roma I regula la ley aplicable a la existencia y validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable.

38. Con respecto a esas cuestiones no tratadas habitualmente en la normativa arbitral, el Reglamento Roma I puede constuir una relevante fuente de referencia para los árbitros en la medida en que se planteen en términos similares ante los tribunales estatales y los arbitrales¹¹⁹. Si bien esa influencia puede resultar especialmente significativa con respecto a los tribunales arbitrales con sede en un Estado de la UE y en controversias entre partes domiciliadas en la UE, cabe además observar que el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I han sido utilizados como inspiración por numerosos legisladores a nivel nacional e internacional y se han convertido en modelos muy influyentes a nivel internacional. No obstante, la naturaleza de instrumento regional propia del Reglamento Roma I limita la eventual caracterización de sus disposiciones como expresión de principios generales de Derecho internacional privado aceptados internacionalmente, en particular en comparación con principios elaborados en el marco de instituciones globales y con el objetivo de ser de aplicación no sólo por tribunales estatales sino también árbitros.

¹¹⁸ N. Blackaby y C. Partasides, *Redfern and Hunter...*, *op. cit.*, p. 231.

¹¹⁹ A modo de ejemplo, acerca del significado del art. 10 del Reglamento Roma I como referencia en situaciones en las que la validez de un acuerdo de elección de la ley aplicable resulta controvertida ante un tribunal arbitral, *vid.* T.M. de Boer, "Choice...", *loc. cit.*, p. 80. En la práctica arbitral el laudo interlocutorio de 10 febrero 2005 (Netherlands Arbitration Institute), *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXXII, 2007, pp. 93–106, esp. p. 100, proporciona un ejemplo del empleo en ese sentido del Convenio de Roma. Además, incluso tras proclamar que es claro que esas disposiciones del Reglamento Roma I no son aplicables a los convenios de arbitraje, tribunales arbitrales con sede en la UE en relación con controversias entre partes domiciliadas en la UE han tomado como referencia esas disposiciones con base en que son expresión de un principio más amplio relevante en relación con la validez de acuerdos de arbitraje que incluyen una cláusula de elección de la ley aplicable, *vid.* laudo final en el asunto nº 7211, 24 septiembre 2013 de la Chamber of National and International Arbitration of Milan, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXXIX, 2014, pp. 263 ss, esp. p. 270.

39. En este contexto, merecen una especial atención los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 19 marzo 2015¹²⁰. De acuerdo con su Preámbulo, los Principios de La Haya pueden utilizarse para interpretar, completar y desarrollar normas de Derecho internacional privado y pueden ser aplicados por los tribunales judiciales o arbitrales.

El Reglamento Roma I ha ejercido una notable influencia en la elaboración de los Principios de La Haya, de manera que cabe apreciar importantes similitudes entre ambos instrumentos, por ejemplo en lo relativo al momento de elección, la posibilidad de elegir el Derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, la no exigencia de vínculos entre el Derecho elegido y las partes o su operación, la elección expresa o tácita, la exclusión del reenvío, el ámbito de aplicación de la ley del contrato, el régimen de la cesión contractual y el orden público. No obstante, también se observan diferencias, ya que en virtud de los Principios de La Haya: “Las partes pueden elegir, como Derecho aplicable al contrato, normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro” (art. 3). La referencia final al Derecho del foro pretende compaginar esa posibilidad admitida normalmente en las legislaciones y reglamentos de arbitraje con la circunstancia de que los sistemas nacionales de Derecho internacional privado –y el Reglamento Roma I– no han admitido tradicionalmente ese alcance a la autonomía de la voluntad en los litigios ante los tribunales estatales¹²¹. Otras diferencias tienen que ver con que bajo los Principios la elección del Derecho aplicable no está sometida a condición alguna en cuanto a la forma, salvo pacto en contrario entre las partes (art. 5), así como que incorpora una disposición específica sobre conflicto entre formularios (*battle of forms*) (art. 6.1º.b).

Aunque es pronto para poder valorar el empleo de los Principios de La Haya en la práctica, se ha destacado que desde la perspectiva del arbitraje comercial internacional constituyen un instrumento susceptible de ser elegido por las partes como su régimen conflictual para complementar su elección de la ley aplicable al fondo, así como pueden ser empleados por los árbitros como expresión de principios generales del Derecho internacional privado en situaciones en las

¹²⁰ Disponibles en www.hcch.net.

¹²¹ Vid. Hague Conference on Private International Law, *Comentario relativo a los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, La Haya, 2016, ap. 3.14.

que la elección por las partes de la ley de contrato es relevante, además de que pueden servir de referencia a los árbitros con respecto a la aplicación o toma en consideración de normas internacionalmente imperativas¹²². No obstante, en comparación con el Reglamento Roma I la aplicación efectiva de los Principios de La Haya continúa siendo una incognita y en todo caso carece de una jurisprudencia que facilite la interpretación uniforme de sus disposiciones.

3. Obligaciones no contractuales

40. Los acuerdos de elección de la ley aplicable en el ámbito de las obligaciones extracontractuales son algo bien conocido en la práctica negocial internacional. Las partes vinculadas por un contrato o quienes mantengan una relación, pueden tener interés en fijar previamente la ley que rige todas las controversias que puedan surgir entre ellas, tanto las relativas a obligaciones contractuales como extracontractuales. La inclusión de un acuerdo de elección de la ley aplicable que comprenda las controversias relativas a obligaciones extracontractuales favorece la seguridad jurídica¹²³. La redacción de la cláusula sobre ley aplicable incluidas en contratos resulta de gran importancia para asegurar que su alcance comprende no sólo las obligaciones contractuales sino también otras controversias relacionadas con el acuerdo entre las partes o su celebración.

Las partes pueden acordar también someter a arbitraje todas las controversias derivadas de una operación o relacionadas de cualquier forma con ella. Especialmente en tales circunstancias, los acuerdos de elección de la ley aplicable resultan también relevantes en la práctica del arbitraje comercial internacional con respecto a obligaciones no contractuales¹²⁴. Un acuerdo de elección de la ley aplicable redactado en términos amplios puede incluir reclamaciones relativas a la responsabilidad derivada de los tratos previos a la celebración de un contrato, como las basadas en la violación de un deber de información o en la responsabilidad derivada de manifestaciones realizadas

¹²² T. Pfeiffer, "Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrecht – Ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I–VO", *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, Munich, Sellier, 2014, pp. 501–513, esp. pp. 511–513.

¹²³ No obstante, acerca de los riesgos de los acuerdos de elección de la ley aplicable previos al nacimiento del litigio *vid.* S.C. Symeonides, "Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective", K. Boele–Woelki *et al* (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven, 2010, pp. 513–550, esp. p. 541.

¹²⁴ *Vid.*, G.A. Bermann, *International...*, *op. cit.*, pp. 324–325.

durante las negociaciones. Puede abarcar también obligaciones extracontractuales que pueden surgir entre las partes tras la conclusión del contrato pero que se encuentren de cualquier forma relacionadas con el contrato. La elección de la ley aplicable respecto de las reclamaciones extracontractuales puede resultar especialmente útil en el marco del arbitraje en relación con transacciones sometidas a normas extraestatales que carecen de reglas sobre responsabilidad extracontractual.

41. Desde la perspectiva de los litigios ante tribunales estatales uno de los elementos más destacados del Reglamento Roma II a nivel comparado es que permite a las partes elegir la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales conforme a lo dispuesto en su art. 14. El Reglamento establece la libertad de elección por las partes como manifestación del principio de autonomía de la voluntad y con el propósito de favorecer la seguridad jurídica, si bien la mayor parte de los sistemas de Derecho internacional privado tradicionalmente no han admitido la posibilidad de elección en materia de obligaciones extracontractuales. De acuerdo con el art. 14.1^o, la elección de la ley aplicable a la obligación extracontractual puede tener lugar mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño o cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes de tal hecho. No se exige ningún vínculo en particular con el país cuya ley se elige.¹²⁵ La elección debe manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso, de modo que la inclusión de una cláusula al respecto en el marco de un contrato satisface típicamente esa exigencia¹²⁶.

El Reglamento Roma II establece restricciones significativas a la libertad de elección de la ley aplicable¹²⁷. Respecto de las actividades mercantiles, cabe destacar que conforme al art. 14.1^o.b), incluso cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, la elección antes del hecho generador del daño sólo se admite “mediante un acuerdo negociado libremente”. Si bien los límites a la elección de la

¹²⁵ A. Junker, *MUKoBGB*, Bd. 10, Art. 14 RomII–VO, 6^a ed., 2015, p. 1008.

¹²⁶ A falta de disposiciones específicas acerca de la ley aplicable a la existencia y la validez del acuerdo de elección, podría resultar apropiado acudir al criterio resultante de los arts. 3.5^o y 10 del Reglamento Roma I, *vid.* T. Kadner Graziano, “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation”, J. Ahern y W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 113–132, esp. p. 123.

¹²⁷ T.M. de Boer, “Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation”, *Yearb. Priv. int'l L.*, 2007, pp. 19–29.

ley aplicable mediante la aceptación de condiciones generales pueden resultar controvertidos en el marco de esa disposición, tiende a imponerse el criterio de que en el marco de las transacciones mercantiles una negociación libre no requiere que sea individualizada, de modo que una elección de ley mediante condiciones generales de la contratación puede resultar conforme con el art. 14(1)(b) a menos que el predisponente se encontrara en una posición que le permitiera forzar a la otra parte a la aceptación de las condiciones que incluían tal cláusula¹²⁸. También conforme al art. 14(1), la elección de la ley aplicable no debe perjudicar los derechos de terceros. Otras restricciones son similares a las reseñadas con respecto al art. 3 del Reglamento Roma I. En concreto, el art. 14 sólo admite la posibilidad de designar como aplicable la ley de un país, de modo que la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el marco del Reglamento no puede ser una normativa extraestatal, principios generales del Derecho, un ordenamiento religioso...¹²⁹. Además, los apartados 2 y 3 del art. 14 están destinados a salvaguardar la aplicación de las normas imperativas nacionales y europeas a situaciones internas o aquellas cuyos elementos se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros. Asimismo, en virtud de los artículos 16 y 26 del Reglamento Roma II, prevalecerá el orden público del foro y sus normas internacionalmente imperativas en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual. De acuerdo con el art. 17, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad habrán de ser tenidas en cuenta.

42. Las disposiciones de las legislaciones nacionales sobre arbitraje y los reglamentos de arbitraje sobre ley aplicable al fondo de la controversia aparecen normalmente redactadas de forma amplia, de modo que no se limitan a regular la ley aplicable a los litigios contractuales, sin perjuicio de que este sea el ámbito en el que el arbitraje resulta más relevante. En ausencia de indicación en sentido contrario, cabe entender que las normas nacionales y las de reglamentos de arbitraje basadas en el art. 28 LMU o el art. 35 de su Reglamento de arbitraje establecen la ley aplicable al fondo del litigio también con respecto a las obligaciones extracontractuales sometidas a arbitraje.

¹²⁸ I. Bach, "Art. 14", P. Huber (ed.), *Rome II Regulation (Pocket Commentary)*, Munich, Sellier, 2011, pp. 336-337.

¹²⁹ A. Dickinson, *The Rome II...*, *op. cit.*, p. 552.

Una consecuencia de la ausencia de carácter directamente vinculante del Reglamento Roma II sobre los árbitros incluso en procedimientos con sede en la UE sería que la libertad para elegir la ley aplicable vendría determinada por las legislaciones nacionales de arbitraje y los reglamentos de arbitraje, de modo que no quedaría sometida a los límites fijados en el Reglamento Roma II. No obstante, en la medida en que algunas de estas restricciones, como la exclusión de la autonomía de la voluntad en materia de Derecho de la competencia y de infracción de la propiedad intelectual, pueden ser relevantes en relación con la eficacia de normas internacionalmente imperativas o la salvaguarda del orden público, habrán de ser tomadas en consideración tratándose de arbitrajes susceptibles de control por tribunales de Estados miembros en relación con la exigencia de que los árbitros se esfuercen por dictar laudos susceptibles de ejecución (*vid.* sección VI, *infra*).

43. Desde una perspectiva internacional más amplia, la aceptación en el marco del art. 14 del Reglamento Roma II de la libertad de las partes para elegir la ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales, como criterio general que opera también con respecto al enriquecimiento injusto, la gestión de negocios (*negotiorum gestio*) y la *culpa in contrahendo*, constituye un progreso muy significativo también para la práctica arbitral, aunque los árbitros no se hallen vinculados por el Reglamento. En la mayor parte de sistemas de Derecho internacional privado las reglas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales no contemplan la posibilidad de elección de la ley aplicable o la permiten sólo si el acuerdo es posterior al nacimiento del litigio¹³⁰, mientras que el criterio *lex loci delicti* continúa siendo la regla general en este sector¹³¹.

En la medida en que los árbitros gozan de una mayor flexibilidad que los tribunales nacionales al determinar la ley aplicable al fondo, la posibilidad de elección de ley en materia de obligaciones extracontractuales puede resultar relevante con independencia de la sede del tribunal arbitral. En este contexto, se ha puesto de relieve cómo inclu-

¹³⁰ Incluso en los EE UU la efectividad de los acuerdos de elección de la ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales resulta controvertida respecto de los acuerdos anteriores al nacimiento del litigio, *vid.* S.C. Symeonides, "Party...", *loc. cit.*, pp. 541-544.

¹³¹ Poniendo de relieve que el criterio de que las partes puedan seleccionar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales puede resultar en principio chocante desde la perspectiva del *common law*, *vid.* R. Plender and M. Wilderspin, *The European...*, *op. cit.*, p. 790.

so en relación con otras zonas del mundo, como la región Asia-Pacífico, la amplia aceptación de la autonomía de la voluntad en un instrumento como el Reglamento Roma II, que ha conseguido unificar las normas sobre Derecho aplicable de casi una treintena de países, puede ser tomada en consideración por los árbitros al fundar el criterio de que las partes que desarrollen una actividad comercial y someten sus diferencias a arbitraje tienen la posibilidad de elegir la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹³².

V. Métodos de determinación de la ley aplicable a falta de elección

1. Generalidades

44. Las disposiciones sobre la ley (normas) aplicable(s) al fondo de las legislaciones nacionales de arbitraje y de los reglamentos se caracterizan por otorgar un amplio margen de apreciación a los árbitros en defecto de elección por las partes. Como ha quedado reseñado en la sección I *supra*, existen básicamente dos enfoques al respecto. El llamado “método directo” contempla que el tribunal arbitral aplique directamente el Derecho sustantivo (o las normas jurídicas materiales) que estime apropiado sin necesidad de recurrir a normas de conflicto. Por su parte, el “método indirecto” requiere que el tribunal arbitral base la determinación de la ley aplicable en las normas de conflicto de leyes que estime aplicables (o apropiadas). Una variante de este método prevé la utilización por el tribunal arbitral de un criterio de conexión específico basado en la conexión más estrecha con el litigio.

45. Cabe además apuntar que en defecto de elección por las partes de la ley aplicable no resulta extraño en el arbitraje la resolución de controversias sin identificación específica del Derecho aplicable por parte del tribunal arbitral, en particular en la medida en que la cuestión controvertida puede decidirse sobre la base de los términos del contrato o cuando entre las legislaciones de los países con los que el supuesto presenta conexiones significativas no existen diferencias relevantes a los efectos de la controversia. En materia de obligaciones contractuales la ley del contrato es relevante básicamente para complementar los términos del contrato en la medida en que no regulen

¹³² Vid. S. Greenberg, C. Kee and J.R. Weeramantry, *International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011, p. 116.

las cuestiones litigiosas o cuando resulta controvertida la existencia y validez del contrato. Además, especialmente cuando los árbitros no están obligados a determinar la ley de un país como aplicable al fondo y pueden adoptar un enfoque directo, cabe que recurran a la *lex mercatoria*, el Derecho transnacional, principios generales o los Principios UNIDROIT y eviten identificar un sistema jurídico nacional como aplicable al fondo de la controversia¹³³, como sucede también cuando recurren al llamado método del *trunc commune* en situaciones en las que el contenido de los ordenamientos nacionales relevantes resulta muy similar¹³⁴.

46. Cuando los árbitros están facultados para emplear el método directo pueden determinar la ley (o las normas) que estimen apropiada para regir el fondo del asunto sin necesidad de recurrir a reglas de conflicto. No obstante, incluso en el marco del método directo en aquellas situaciones en las que los árbitros consideran apropiado determinar la ley de un país como aplicable al fondo, resulta habitual que lleven a cabo tal determinación con base en la conexión existente entre ese país y la controversia, teniendo en cuenta las partes implicadas, el objeto del litigio y los intereses afectados, sin que la sede del arbitraje resulte decisiva por sí sola al realizar esa determinación.

En consecuencia, en esas situaciones el empleo del método conflictual puede favorecer la previsibilidad y la seguridad jurídica cuando el tribunal arbitral considera necesario determinar la ley de qué país resulta aplicable¹³⁵. Además, en situaciones en las que los árbitros recurren a la *lex mercatoria* puede resultar apropiado valorar que la aplicación de esas reglas no conduce a un resultado que pueda resultar incompatible con el ordenamiento designado por las reglas de conflicto relevantes¹³⁶.

47. En la práctica arbitral cabe apreciar el empleo de diversas vías para concretar las reglas de conflicto apropiadas o aplicables, de-

¹³³ Como ejemplo de laudo de la práctica reciente que establece que la *lex mercatoria* como se recoge en los Principios de UNIDROIT proporciona las normas jurídicas aplicables al fondo del asunto, *vid.* laudo final CCI asunto n° 16816, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XL, 2015, pp. 236–289, esp. p. 264.

¹³⁴ B. Ancel, “The Trunc Commun Doctrine: Logics and Experience in International Arbitration”, *J. Int'l Arb.*, vol. 7, n° 3, 1990, pp. 65–72.

¹³⁵ B. Wortmann, “Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System”, *Arb. Int.*, 1998, vol. 14, pp. 97–113, esp. pp. 101–104; y L. Silberman and F. Ferrari, “Getting...”, *loc. cit.*, p. 296.

¹³⁶ D.D. Caron and L.M. Caplan, *The UNCITRAL...*, *op. cit.*, p. 116.

terminantes en el marco del llamado método indirecto¹³⁷. Entre las vías sugeridas para la identificación de las reglas de conflicto aplicables o apropiadas, algunas apenas se utilizan en la práctica o está ampliamente extendida la idea de que no resultan adecuadas con carácter general. Es el caso del recurso a las reglas de conflicto del país del domicilio del árbitro, del país cuyos tribunales serían competentes en defecto de acuerdo de arbitraje, del país de ejecución de laudo, del país que presenta los vínculos más estrecho con la controversia, o de las reglas de conflicto generales (no específicas para el arbitraje) del país de la sede del arbitraje especialmente cuando la sede no ha sido elegida por las partes¹³⁸.

Cabe identificar dos vías como las preferidas en la práctica por los tribunales arbitrales para determinar las reglas de conflicto apropiadas o aplicables¹³⁹. El llamado método de aplicación cumulativa se basa en el recurso a reglas sobre ley aplicable que son comunes a los países con los que el supuesto se halla vinculado, y especialmente los países de las residencias o nacionalidades de las partes implicadas. Por su parte, el método de los principios generales recurre a la aplicación de reglas en materia de ley aplicable que responden a estándares ampliamente aceptados a nivel internacional. A diferencia del método de aplicación cumulativa, el método de los principios generales no restringe su análisis a las reglas de los países con los que la controversia está conectada sino que se basa en la búsqueda de reglas de conflicto aceptadas en los ordenamientos más significativos en materia de Derecho internacional privado así como en los instrumentos internacionales adoptados en esta materia. Aunque ambos métodos facilitan que los árbitros puedan evitar designar un concreto sistema conflictual como aplicable, lo cierto es que tanto el Reglamento Roma I como el Reglamento Roma II pueden desempeñar un papel muy relevante en la aplicación de estos dos métodos por los tribunales arbitrales.

¹³⁷ Sobre el debate acerca de estos métodos, *vid.* P. Lalive, “Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse”, *Rev. arb.*, 1976, pp. 155–185, esp. pp. 160–183; B. Wortmann, “Choice...”, *loc. cit.*, pp. 97–113; E. Gaillard y J. Savage (eds.), *Fouchard...*, *op. cit.*, pp. 871–876; J. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *cit.*, pp. 581–589; L. Silberman y F. Ferrari, “Getting...”, *loc. cit.*, pp. 277–293; G.B. Born, *International...*, *op. cit.*, pp. 2637–2661; T.M. de Boer, “Choice...”, *op. cit.*, pp. 81–85; y G.A. Bermann, *International...*, *op. cit.*, pp. 337–361.

¹³⁸ *Vid.*, *v.gr.*, V. Danilowicz, “The Choice of Applicable Law in International Arbitration”, *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, 9, 1985–1986, pp. 235–284, esp. pp. 259–263.

¹³⁹ *Vid.* Y. Derains, “Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale”, *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 829–855, esp. p. 843; H.A. Grigera Naón, “Choice-of-Law...”, *loc. cit.*, pp. 232–233; y M.A. Petsche, “International...”, *loc. cit.*, pp. 480–481.

2. Contratos

48. El método cumulativo implica la valoración por los árbitros de si las reglas de conflicto de los países que presentan vínculos con la controversia conducen a un mismo resultado. En caso de respuesta afirmativa, ese método hace posible la determinación de la ley aplicable y ha alcanzado una amplia aceptación como criterio preferido por los árbitros cuando han de determinar la ley aplicable al fondo. Entre los aspectos controvertidos en relación con este método destacan las diferencias en lo relativo a la determinación de qué Estados se considera que presentan una vinculación significativa con la controversia, de modo que han de ser tomados en cuenta al llevar a cabo la comparación¹⁴⁰. En ocasiones los tribunales arbitrales toman en consideración las reglas de conflicto de los Estados vinculados con el objeto de la controversia, lo que incluye básicamente los de la residencia habitual o nacionalidad de las partes y, en su caso, el país o países de ejecución de las obligaciones. En otras ocasiones, también se tienen en cuenta las reglas de conflicto de la sede del arbitraje, especialmente si ha sido elegida por las partes, aunque también sobre la aplicación del método cumulativo se ha proyectado la tendencia a marginar la sede del arbitraje como elemento relevante en la determinación de la ley aplicable al fondo.

49. Debido al éxito del Reglamento Roma I (y previamente del Convenio de Roma) en unificar las reglas de conflicto entre sus Estados miembros, la existencia de este instrumento justifica especialmente el empleo del llamado método cumulativo en aquellas situaciones en las que todos los Estados con los que la controversia está vinculada pertenecen a la Unión o, por lo menos, todas las partes implicadas en el procedimiento arbitral tienen su domicilio en Estados miembros del Reglamento Roma I¹⁴¹. De este modo, la unificación de estas normas en el seno de la Unión constituye un elemento que, en virtud del método cumulativo, facilita una mayor seguridad jurídica en la determinación de la ley aplicable a los contratos en defecto de elección, también en el marco del arbitraje, cuando las partes residen en la UE¹⁴². Ciertamente, la ausencia de carácter directamente vinculante para los árbitros del Reglamento Roma I no excluye que este

¹⁴⁰ *Vid.* Y. Derains, “L’application cumulative par l’arbitre des systems de conflit de lois intéressés au litige”, *Rev. arb.*, 1972, pp. 99–121, esp. pp. 105–115.

¹⁴¹ T.M. de Boer, “Choice...”, *loc. cit.*, p. 83.

¹⁴² *Vid. v.gr.*, el laudo CCI en el asunto n° 4996 de 1985, *Journ. dr. int.*, 1986, pp. 1131–1136.

instrumento sea de manera regular utilizado por los árbitros con base en el método cumulativo en aquellas situaciones en las que todas las partes implicadas en la controversia tiene su domicilio en Estados miembros de la UE¹⁴³.

No resulta difícil encontrar numerosos ejemplos de la aplicación por tribunales arbitrales de disposiciones aplicable al contrato en defecto de elección con respecto a una venta en la que la parte vendedora era holandesa y la compradora, italiana¹⁴⁴. Otro ejemplo de aplicación del Convenio de Roma con base en el método cumulativo se encuentra en el laudo de 17 mayo 2005 del Netherlands Arbitration Institute, en el que las normas del Convenio de Roma sobre ley aplicable a la subrogación fueron aplicadas a un litigio entre una parte holandesa y otra italiana por un tribunal arbitral con sede en La Haya, tras poner de relieve que el Convenio resultaba de aplicación tanto en los Países Bajos como en Italia¹⁴⁵. del Convenio de Roma o del Reglamento Roma I sobre la base de este método. El laudo interlocutorio de 10 febrero 2005 (Netherlands Arbitration Institute) proporciona un ejemplo de aplicación de las reglas del Convenio de Roma relativas a la ley aplicable a la existencia y validez del contrato y la ley

50. Tratándose de controversias en las que una o más partes no estén domiciliadas en Estados miembros, el Reglamento Roma I sólo debería ser relevante a los efectos del método cumulativo en tanto que sistema de reglas de conflicto de uno (o varios) de los Estados con los que la controversia está vinculada, de modo que sus soluciones sólo serán de aplicación en virtud de ese método en caso de que sean coincidentes con las de los ordenamientos del otro (u otros) Estados con los que la controversia está vinculada¹⁴⁶. El laudo final CCI en el asunto n° 6283 proporciona un ejemplo de la toma en consideración del art. 4 del Convenio de Roma conjuntamente con el *Restatement (second) on the law of conflict of laws* estadounidense con el objetivo de establecer que la determinación de la ley belga como aplicable a una controversia entre una parte belga y otra de EE UU resultaba

¹⁴³ P. Mayer, "Le choix...", *loc. cit.*, p. 428.

¹⁴⁴ *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXXII, 2007, pp. 93–106.

¹⁴⁵ *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXXI, 2006, pp. 172–188, esp. p. 179.

¹⁴⁶ Como ejemplo del empleo del Convenio de Roma en situaciones de ese tipo, incluso antes de su entrada en vigor, para apoyar que las soluciones en materia de ley aplicable de Francia, Suiza y Yugoslavia eran coincidentes, *vid.* laudo CCI n° 2.930/1982, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. IX, 1984, pp. 105–108, esp. p. 106.

coherente con el sistema de Derecho internacional privado de los Países Bajos (sede del arbitraje), Bélgica y EE UU¹⁴⁷.

51. Cuando los sistemas de Derecho internacional privado de los varios países con los que la controversia está vinculada no proporcionan respuestas coincidentes, los tribunales arbitrales para determinar las reglas de conflicto que resultan apropiadas tienden a recurrir al llamado método de los principios generales. La limitación más importante de este método se ha vinculado tradicionalmente con la circunstancia de que a excepción de algunos principios elementales, como puede ser la autonomía de la voluntad en la contratación mercantil internacional, pocas reglas de conflicto pueden considerarse que gozan de aceptación general a nivel internacional¹⁴⁸. De hecho, la unificación de las reglas de conflicto en Europa, ya desde el Convenio de Roma de 1980, se ha considerado tradicionalmente como un progreso significativo en el desarrollo de reglas sobre ley aplicable que goza de amplia aceptación, lo que puede tener una significativa repercusión en el arbitraje comercial internacional¹⁴⁹. Al recurrir al método de los principios generales para determinar las reglas de conflicto aplicables, no es raro que los árbitros hagan referencia a disposiciones de instrumentos internacionales como el Convenio de Roma¹⁵⁰. La utilización en el art. 4.1º del Convenio de Roma del criterio de los vínculos más estrechos ha sido considerada como reflejo de que la llamada *proper law doctrine* se ha convertido en el criterio dominante para establecer la ley aplicable¹⁵¹. Un principio básico inspirador del art. 4 del Convenio de Roma y del Reglamento es el llamado principio de proximidad que favorece la aplicación de la ley que presenta los vínculos más estrechos.

52. El potencial significado del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I en el marco del método de los principios geneales debe ser valorado no sólo a la luz de su éxito en la unificación de las reglas sobre ley aplicable a los contratos en casi una trientena de Estados miembros, sino también del dato de que estos instrumentos ejercen una gran influencia en otros Estados, que con frecuencia los han utilizado como referencia en su actividad legislativa. El Convenio y el Re-

¹⁴⁷ *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XVII, 1992, pp. 178–185, esp. p. 179.

¹⁴⁸ V. Danilowicz, “The Choice...”, *loc. cit.*, p. 267.

¹⁴⁹ O. Chukwumerije, “Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration”, *Anglo-Am. L. Rev.*, vol. 23, 1994, pp. 265–310, esp. p. 303.

¹⁵⁰ M.A. Petsche, “International...”, *loc. cit.*, p. 481; J. Poudret y S. Besson, *Comparative...*, *op. cit.*, pp. 584–585; y G.B. Born, *International...*, *op. cit.*, pp. 2652–2653.

¹⁵¹ O. Chukwumerije, “Applicable...”, *loc. cit.*, p. 309.

glamento han sido empleados como referencia por legisladores nacionales e internacionales tanto en Europa como en otras regiones del mundo. A modo de ejemplo, su influencia ha sido significativa en la modernización de las reglas sobre la ley aplicable a los contratos en países como Japón¹⁵², China¹⁵³, Taiwan¹⁵⁴, Albania, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Israel, Montenegro y República Dominicana¹⁵⁵. Las sucesivas ampliaciones de la Unión y la asunción de mayores competencias legislativas en este ámbito han reforzado la influencia del Derecho de la Unión en la codificación y reforma del Derecho internacional privado en otras zonas¹⁵⁶.

La repercusión de los instrumentos de la Unión se ve favorecida por la opinión generalizada de que incorporan reglas de una elevada calidad técnica. Debido a que la Unión carece de un instrumento que regule las cuestiones generales en materia de Derecho aplicable con alcance transversal, el Reglamento Roma I, al igual que los otros reglamentos sectoriales, incorpora normas sobre las cuestiones generales, como la eficacia de las normas imperativa, reenvío, orden público, Estados con más de un sistema jurídico, o determinación de la residencia habitual. Además, otras disposiciones del Reglamento Roma I regulan cuestiones que normalmente no son objeto de tratamiento en las legislaciones o reglamentos de arbitraje ni en los sistemas de Derecho internacional privado menos elaborados, lo que facilita su toma en consideración por órganos arbitrales, como sucede con el art. 11 acerca de la validez formal¹⁵⁷, el art. 12 con respecto al ámbito de la ley aplicable al contrato¹⁵⁸, el art. 14 sobre cesión de créditos y

¹⁵² Vid. M. Dogauchi, "Historical Development of Japanese Private International Law", J. Basedow, H. Baum and Y. Nishitani (eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 27–60, esp. pp. 53 ss.

¹⁵³ Qisheng He, "Recent Developments of New Chinese Private International Law With Regard to Contracts", J. Basedow y K.B. Pissler (eds.), *Private...*, *op. cit.*, pp. 157–180.

¹⁵⁴ D.J.W. Wang, "The Revision of Taiwan's Choice-of-law Rules in Contracts", J. Basedow y K.B. Pissler (eds.), *Private...*, *op. cit.*, pp. 181–190.

¹⁵⁵ Vid. los estudios sobre Albania, Corea del Sur, Ecuador, Islandia, Israel, Montenegro y República Dominicana incluidos en J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari and P. De Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia...*, *op. cit.*, vol. III.

¹⁵⁶ Vid. R.A. Brand, "The European Union's New Role in International Private Litigation", *Loyola University Chicago Int'l L. Rev.*, vol. 2 (2004–2005), pp. 277–293, esp. pp. 289–293; y J. Basedow, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations*, Brill–Nijhoff, 2015, p. 510.

¹⁵⁷ Vid. laudo final CCI asunto núm. 13756, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXXIX, 2014, pp. 118 ss, esp. p. 128 (aps. 32 y 33).

¹⁵⁸ Vid. M.A. Petsche, *Punitive Damages in International Commercial Arbitration: A Conflict of Laws Lesson*, *J. Int'l Arb.*, 30, no. 1 (2013), pp. 31–48, p. 38, analizando con

subrogación convencional y el art. 15 en materia de ley aplicable a la subrogación legal.

53. No resulta extraño, por lo tanto, el recurso por los árbitros a disposiciones del Convenio de Roma o del Reglamento Roma I, incluso en situaciones relacionadas con terceros Estados, sobre la base de que reflejan principios generales de Derecho internacional privado¹⁵⁹. No obstante, la consideración de las soluciones de esos instrumentos como expresiones de principios generales aceptados internacionalmente requiere una gran cautela.

Debe tenerse presente que se trata de instrumentos de carácter regional, que si bien han influido en la evolución de los ordenamientos de otros países no hay que descartar que las soluciones concretas en algunos de esos ordenamientos sean en ocasiones diferentes, debido a la adopción de enfoques parcialmente distintos u otros condicionantes. Es conocido que incluso en el seno de la UE la transformación del Convenio de Roma en Reglamento implicó la introducción de cambios significados en el texto, en particular con respecto a la regla general aplicable en defecto de elección. Las modificaciones introducidas en el art. 4 estuvieron en buena medida condicionadas por el significado del Reglamento como instrumento de integración, que aconsejaba una mejora y mayor precisión en la ponderación entre la justicia conflictual –o proximidad– y la seguridad jurídica en esa norma, con el objetivo de favorecer la seguridad jurídica y la aplicación uniforme de la norma en todos los Estados miembros. A modo de ejemplo, en comparación con el Reglamento Roma I, las normas similares introducidas en las reciente codificaciones de Derecho internacional privado llevadas a cabo en China y Taiwan, pese a su clara inspiración europea y a utilizar como conexiones el domicilio de la parte que realiza la prestación característica y el criterio de los vínculos más estrechos, se caracterizan por su mayor flexibilidad y por atribuir un margen de apreciación más amplio a los tribunales¹⁶⁰.

base en el Reglamento Roma I la aplicabilidad de la ley del contrato con respecto posibilidad de exigir “*punitive relief*” en acciones contractuales ante tribunales arbitrales.

¹⁵⁹ *Vid.* Third Partial Award de 1998 en el asunto CCI no 7472, reseñado en H.A. Grigera Naón, “Choice-of-Law...”, *loc. cit.*, p. 240, como ejemplo de laudo que tras afirmar la aplicación al caso de los principios generales de Derecho internacional privado en materia de contratos, recurrió al Convenio de Roma para determinar la ley aplicable en defecto de elección a un contrato –concluido antes de que el Convenio entrara en vigor– entre la demandante belga y las demandadas iraquíes, destacando su carácter de normas comunes en la materia entre los Estados europeos.

¹⁶⁰ P.A. De Miguel Asensio, “The Law Applicable...”, *loc. cit.*, pp. 201–207.

54. En esta línea, se ha puesto de relieve que el recurso al Reglamento Roma I con base en el método de los principios generales de Derecho internacional privado para la determinación por los árbitros de las reglas de conflicto apropiadas solo debería operar de manera muy limitada en las situaciones en las que están implicadas partes de terceros Estados, con el propósito de evitar la impresión de que el método utilizado favorece a la parte procedente de la UE¹⁶¹. Como reflejo de ese enfoque prudente en el recurso a los instrumentos de la UE al concretar las reglas de conflicto aplicables en situaciones de ese tipo, no resulta raro que el Reglamento Roma I (o el Convenio de Roma) sean invocados de manera conjunta con otros instrumentos internacionales que conducen a soluciones coincidentes en el caso concreto. El laudo final CCI en el asunto n° 10274 (con sede en Dinamarca), entre un demandante danés y un demandado egipcio, proporciona un ejemplo en el que el art. 4 del Convenio de Roma fue empleado conjuntamente con el art. 3 del Convenio de La Haya de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales para determinar como aplicable, a falta de elección por las partes, la ley del país de residencia del vendedor¹⁶².

55. Debido al amplio margen de apreciación atribuido a los árbitros y la tendencia en la práctica a combinar más de un método y motivos diversos para fundamentar la elección de la ley aplicable, en las situaciones en las que los árbitros consideran necesario establecer un ordenamiento estatal como aplicable en defecto de elección, no resulta extraño que el Reglamento Roma I sea invocado como uno de los varios elementos condicionantes de la decisión de los árbitros incluso en situaciones en las que pueden emplear la llamada vía directa, que permite determinar directamente las reglas jurídicas materiales aplicables a la controversia sin tener que recurrir a la metodología conflictual, pero motivan su decisión. También en este tipo de situaciones normas del Reglamento Roma I son invocadas con frecuencia, no por tener carácter vinculante para los árbitros sino en tanto que expresión de reglas sobre determinación de la ley aplicable que gozan de notable aceptación a nivel internacional. En tales circunstancias, el significa-

¹⁶¹ Vid. P. Mayer, "Le choix...", *loc. cit.*, p. 428, crítico con la argumentación del laudo arbitral CCI de 1998 en el asunto n° 9636 (*Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, vol. 19, n° 1, p. 117), que llevó a aplicar el Convenio de Roma a una controversia entre una parte francesa y otra turca con base en que el Convenio se hallaba en vigor en la mayoría de Estados de la UE.

¹⁶² *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXIX, 2004, pp. 89 ss, esp. pp. 92-93.

do del Reglamento y sus implicaciones para los árbitros no es equivalente al que resulta para los tribunales de los Estados miembros del carácter directamente aplicable del Reglamento¹⁶³.

Puede incluso suceder que el recurso a ciertos elementos presentes en el Reglamento Roma I conduzca en este tipo de situaciones a resultados distintos a los que derivan del Reglamento. En particular, en situaciones en las que los árbitros recurren a la prestación característica del contrato como elemento relevante para determinar la ley aplicable puede ocurrir que como criterio para localizarla no opten por la residencia habitual de la parte que la lleva a cabo –como hacen el art. 4 del Convenio de Roma y del Reglamento– sino por el lugar de ejecución de dicha prestación, que puede ser considerado como un elemento indicativo de una mayor proximidad con la controversia¹⁶⁴. Ahora bien, es cierto que cuando los árbitros adoptan un planteamiento de ese tipo no cabe sostener que la regla de conflicto considerada aplicable sean las del Reglamento, a menos que excepcionalmente esa divergencia en la aplicación del criterio de la prestación característica se funde en que el lugar de su ejecución resulta determinante en el caso concreto para apreciar el país con el que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con base en el art. 4.3º del Reglamento¹⁶⁵.

56. En especial, en situaciones en las que ni el método cumulativo ni el basado en los principios geneales de Derecho internacional privado permiten a los árbitros determinar la ley aplicable al fondo en defecto de elección, puede suceder que los árbitros recurran a las normas de conflicto del sistema de Derecho internacional privado del país de la sede del arbitraje particularmente cuando ha sido elegido por las partes. En tales circunstancias también tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro de la Unión recurren al Convenio de Roma o al Reglamento Roma I para establecer las reglas de conflicto aplicables con base en que ese instrumento contiene las reglas de Derecho internacional privado de la sede del arbitraje¹⁶⁶. La opinión generalizada de que el Reglamento proporciona un regimen normativo

¹⁶³ P. Mayer, “Le choix...”, *loc. cit.*, pp. 431–433.

¹⁶⁴ *Vid.*, con ulteriores referencias, P. Mayer, “Le choix...”, *loc. cit.*, p. 434; y T.M. de Boer, “Choice...”, *loc. cit.*, pp. 83–84.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 84.

¹⁶⁶ El laudo final CCI en el asunto 9.771/2001 (sede del arbitraje, Suecia) proporciona un ejemplo de esa práctica en relación con el Convenio, si bien mencionando que no resulta directamente aplicable en el arbitraje, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXIX, 2004, pp. 46–65, esp. p. 54.

muy elaborado de reglas para determinar la ley aplicable en el ámbito contractual favorece el recurso al mismo por árbitros con sede en un Estado miembro¹⁶⁷.

57. Por último, cabe reseñar que el Reglamento Roma I, y en especial su art. 4, puede ser particularmente relevante en el marco de la aplicación de las normas especiales sobre la ley aplicable al fondo por los árbitros establecidas en los ordenamientos de algunos Estados miembros –y en los Reglamentos de algunas instituciones de arbitraje– que prevén el empleo por los árbitros de un método indirecto, pero que, a diferencia de la LMU, utilizan un criterio de conexión específico, basado en el criterio de la conexión más estrecha, como ha quedado ya señalado en relación con el § 1051 ZPO en Alemania y el art. 52.2º de la Ley portuguesa de arbitraje de 2011. Aunque estas normas otorgan una mayor flexibilidad a los árbitros en la aplicación del criterio de los vínculos más estrechos de la que atribuye a los tribunales estatales el Reglamento Roma I, el art. 4 del Reglamento puede resultar muy relevante como referencia en la interpretación del criterio de los vínculos más estrechos también en esas disposiciones¹⁶⁸. Además, esas normas nacionales especiales no deberían constituir un obstáculo a la posibilidad de que los árbitros recurran al Reglamento Roma I con base en el método cumulativo en relación con controversias entre partes domiciliadas en Estados miembros del Reglamento¹⁶⁹.

3. Obligaciones no contractuales

58. Fuera del ámbito de las obligaciones contractuales se ha sugerido que los árbitros deberían proceder con mayor cautela respecto al empleo del llamado método directo para seleccionar la ley aplicable al

¹⁶⁷ A modo de ejemplo, haciendo referencia al Convenio de Roma de 1980 como integrante del sistema de Derecho internacional privado de la sede del arbitraje (Suecia) al determinar la ley aplicable a la validez formal de un contrato en el marco de un litigio entre una parte de EE UU y otra de Rusia, tras poner de relieve que el Reglamento de la CCI se limita a establecer el método directo para determinar la ley aplicable, *vid.* laudo final CCI asunto nº 13.756, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXXIX, 2014, pp. 118 s, esp. p. 128 (aps. 32 y 33).

¹⁶⁸ En relación con el § 1051 ZPO, *vid.* R. Hausmann, “Anwendbares...”, *loc. cit.*, pp. 982–983; T. Pfeiffer, “Internationales...”, *loc. cit.*, pp. 181–182; y D. Martiny, *MüKoBGB*, Bd. 10, Vor Art. 1 RomI–VO, 6ª ed., 2015, pp. 179–180.

¹⁶⁹ R. Hausmann, “Anwendbares...”, *loc. cit.*, pp. 982–983, quien destaca que en esas situaciones la marginación del art. 4 del Reglamento Roma I con base en lo dispuesto en el § 1051 ZPO requeriría como mínimo una motivación específica por el árbitro.

fondo de la controversia, así como con respecto al recurso a la *lex mercatoria* u otras normas extraestatales. Este planteamiento se explica por el menor desarrollo alcanzado por ese tipo de normas en el ámbito de las obligaciones extracontractuales, así como por los objetivos e intereses a los que responden algunas de las reglas de conflicto en ese ámbito. Incluso quienes apoyan una mayor flexibilidad en la determinación por los árbitros de las normas aplicables al fondo, han venido admitiendo que cuando la necesidad de llevar a cabo esa determinación se plantea en el ámbito de las obligaciones no contractuales, los árbitros deberían recurrir fundamentalmente a métodos conducentes a la aplicación de un ordenamiento estatal con base en el empleo de reglas de conflicto estatales, como sucede con el llamado método cumulativo¹⁷⁰, que parece resultar especialmente adecuado en este ámbito¹⁷¹.

59. El Reglamento Roma II ha conseguido la unificación de las normas sobre ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales en el conjunto de la Unión salvo Dinamarca. Además, sus normas tienen un ámbito de aplicación universal, de modo que desplazan a las de los Estados miembros respecto de todas las materias incluidas dentro de su ámbito de aplicación (la excepción más significativa es la referida a “las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación”). En consecuencia, este instrumento ha modificado de manera significativa el panorama europeo en lo relativo al recurso por los árbitros al método cumulativo para determinar la ley aplicable en este sector. A diferencia de la situación previa, en la que se observaban importantes diferencias entre los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales¹⁷², en la actualidad se encuentra ampliamente aceptado el criterio de que cuando se trata de controversias entre partes domiciliadas en Estados miembros, el recurso por los árbitros al método cumulativo, y por lo tanto al Reglamento Roma II, es la me-

¹⁷⁰ Vid. M. Goldman, “Les conflit de lois dans l’arbitre international de droit privé”, *Recueil des Cours*, 1963 (II), vol. 109, pp. 347–485, esp. p. 393; y P. Lalive, “Les règles...”, *loc. cit.*, p. 182.

¹⁷¹ Vid. Y. Derains, “L’application...”, *loc. cit.*, p. 105, con respecto al empleo del método cumulativo para determinar la ley aplicable en materia de competencia en el relación con el laudo CCI n° 1990 de 1972.

¹⁷² A. Dickinson, *The Rome II.*, *op. cit.*, pp. 8–23; y T. Kadner Graziano, “Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung”, *RabelsZ*, 2009, pp. 1–77, esp. p. 4.

jor opción de cara a determinar las reglas de conflicto apropiadas en este ámbito¹⁷³.

60. El alcance del Reglamento Roma II como un hito en la evolución del Derecho internacional privado y el instrumento más elaborado en la materia a nivel mundial¹⁷⁴ resulta determinante de su relevancia como modelo para muchos legisladores nacionales así como en las iniciativas para elaborar normas a nivel regional o internacional¹⁷⁵. Esta circunstancia puede favorecer el empleo por los tribunales arbitrales del método cumulativo en el ámbito de las obligaciones extracontractuales también con respecto a controversias relacionadas con terceros Estados, en la medida en que las soluciones vigentes en esos Estados coincidan con las del Reglamento. En todo caso, el recurso al método cumulativo también debe someterse a importantes cautelas, en la medida en que sistemas basados en principios semejantes no necesariamente conducen a soluciones idénticas en todas las situaciones.

61. El mayor potencial del Reglamento Roma II como fuente de reglas de conflicto apropiadas en el marco del arbitraje comercial internacional más allá de la UE cabe esperar que se encuentre en su influencia de cara a establecer principios generales de derecho internacional privado en materia de obligaciones extracontractuales. Se trata de una posibilidad que ha sido ya puesta de relieve con respecto a otras regiones¹⁷⁶, con base en que el Reglamento constituye un referente de la formulación más avanzada del criterio *lex loci delicti* como regla general y de sus excepciones en materias concretas mediante la elaboración de reglas especiales para ciertas categorías de obligaciones extracontractuales que requieren un tratamiento especial. También se ha destacado el potencial significado del Reglamento Roma II para determinar en el marco del arbitraje las cuestiones

¹⁷³ S. Sánchez Lorenzo, "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, 2009, pp. 39–74, esp. p. 54.

¹⁷⁴ A. Dickinson, *The Rome II...*, *op. cit.*, p. IX.

¹⁷⁵ El Reglamento Roma II ha condicionado ya la reciente evolución de las normas sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en muchos ordenamientos de Estados no pertenecientes a la UE. *Vid.*, *v.gr.* los estudios relativos a Albania, Macedonia, Montenegro y República Dominicana en J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari and P. De Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia...*, *op. cit.*, vol. III.

¹⁷⁶ Acerca del potencial uso del Reglamento Roma II en la región Asia–Pacífico como referencia de los principios generales de Derecho internacional privado en materia de obligaciones extracontractuales a falta de elección por las partes, *vid.* S. Greenberg, C. Kee y J.R. Weeramantry, *International...*, *op. cit.*, pp. 116–119.

comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley rectora de las obligaciones extracontractuales, en especial para delimitar los aspectos sustantivos de los procesales, a partir de lo dispuesto en el art. 15 del Reglamento¹⁷⁷.

62. Las controversias relativas a obligaciones no contractuales sometidas a arbitraje se hallan con frecuencia vinculadas a una relación previa, como un contrato entre las partes, para lo que el Reglamento Roma II contiene reglas que pueden resultar apropiadas. En particular, uno de los principios más relevantes para establecer en el marco del arbitraje la ley aplicable a las obligaciones no contractuales en defecto de elección es la llamada conexión accesoria¹⁷⁸. El principio aparece como excepción a la regla básica *lex loci delicti* en la cláusula de escape del art. 4.3^o del Reglamento Roma II, según el cual un vínculo manifiestamente más estrecho con un país distinto de aquel en el que se produce el daño puede estar basado en una relación preexistente entre las partes, como un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso.

63. Otras cuestiones relevantes en materia de ley aplicable en el marco del arbitraje comercial internacional son las relativas a *culpa in contrahendo* o a reclamaciones por responsabilidad derivada de los tratos previos a la celebración de un contrato¹⁷⁹. El art. 12 del Reglamento Roma II establece un criterio de conexión que ha alcanzado una significativa aceptación y que resulta también adecuado en el marco del arbitraje. En virtud de esa disposición, la ley aplicable a una obligación extracontractual con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato es la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado. Se trata de un criterio que facilita la aplicación de la misma ley a la formación del contrato y a la responsabilidad que puede derivar, al

¹⁷⁷ Así, invocando el art. 15 del Reglamento Roma II, según el cual la ley que rige las obligaciones no contractuales se aplica a “la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada”, para sostener que la posibilidad de obtener “*punitive relief*” en materia de obligaciones extracontractuales es una cuestión de Derecho material que debe quedar regida en el arbitraje comercial internacional por la ley aplicable a la obligación extracontractual, *vid.* M.A. Petsche, “Punitive...”, *loc. cit.*, p. 38.

¹⁷⁸ A modo de ejemplo, una referencia al principio general de Derecho internacional privado de conexión accesoria puede encontrarse en el laudo final de 1 agosto 2003 del Netherlands Arbitration Institute, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXIX, 2004, pp. 133–157, esp. esp. p. 154.

¹⁷⁹ *Vid.* P. Capper, K. Ljungström and P. Dépinay, “Proving the Contents of the Applicable Substantive Law(s)”, F. Bortolotti and P. Mayer (eds.), *The Application...*, *op. cit.*, pp. 31–59, esp. p. 36.

tiempo que las dificultades inherentes a la calificación como contractuales o extracontractuales de ese tipo de reclamaciones pierden buena parte de su trascendencia. A modo de ejemplo, según los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales –art. 9.1º.g)– las obligaciones precontractuales se califican como materia contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la ley del contrato. Por su parte, conforme a los Reglamentos Roma I – art. 1.2º.i)– y Roma II –arts. 2.1º y 12– las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato se califican como extracontractuales. No obstante, esa diferencia en la calificación no conduce a resultados diferentes, ya que conforme al art. 12.1º del Reglamento Roma II la ley aplicable es la que rige el contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado¹⁸⁰.

VI. Normas internacionalmente imperativas y reglas de conflicto imperativas

1. Los Reglamentos Roma I y II y la tutela del orden público de la Unión en el arbitraje

64. Ambos Reglamentos contienen disposiciones específicas sobre las normas internacionalmente imperativas (o leyes de policía) y el orden público del foro, que prevalecen sobre la ley aplicable al contrato (arts. 9.2º y 21 del Reglamento Roma I) y a la obligación extracontractual (arts. 16 y 26 del Reglamento Roma II). A diferencia del Reglamento Roma II, que hace referencia solo a las normas internacionalmente imperativas del foro, el art. 9.3º del Reglamento Roma I establece la posibilidad de dar efecto a las normas internacionalmente imperativas de un país que no sea el foro ni el de la ley del contrato¹⁸¹.

A la luz de estas disposiciones, y en particular de las relativas al orden público y las normas internacionalmente imperativas del foro, se ha planteado la cuestión de si la aplicación directa del Reglamen-

¹⁸⁰ T. Pfeiffer, “The Haager...”, *loc. cit.*, p. 509.

¹⁸¹ Una posibilidad similar admiten los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. En relación con la peculiar posición de los tribunales arbitrales, su art. 11.5º establece que los Principios no impedirán a un tribunal arbitral aplicar o tomar en consideración el orden público o las leyes de policía de un Derecho distinto al elegido por las partes, si el tribunal arbitral tiene la obligación o el derecho de hacerlo.

to Roma I como instrumento vinculante en el arbitraje viene exigida para garantizar el respeto al orden público de la Unión¹⁸².

65. En realidad, debido a la ausencia en el arbitraje comercial internacional de foro en sentido propio (como país cuyo ordenamiento constituye la *lex fori*) y a la falta de carácter vinculante para los árbitros de las reglas generales sobre ley aplicable como los Reglamentos Roma I y Roma II, cabe entender que la exigencia de que los tribunales arbitrales den efecto a las normas internacionalmente imperativas y al orden público de los sistemas en los que operan no es consecuencia de la aplicación de esos Reglamentos¹⁸³. Al margen de estos instrumentos, desde la perspectiva del Derecho de la Unión cabe considerar que los árbitros deben aplicar las normas de orden público de la Unión a toda situación comprendida dentro de su ámbito de imperativa aplicación con base en la peculiar naturaleza de esas disposiciones y en relación con el deber de los tribunales de los Estados miembros de asegurar el respeto al orden público de la Unión (y del foro) al ejercer su función de control respecto de los procedimientos arbitrales, especialmente al decidir acerca de la anulación de un laudo o de su ejecución si se trata de un laudo extranjero. Desde la perspectiva arbitral, las disposiciones sobre ley aplicable al fondo de las legislaciones nacionales y los reglamentos de arbitraje, con independencia de la adopción de un método directo o indirecto, otorgan suficiente flexibilidad a los árbitros para considerar el potencial impacto de las normas internacionalmente imperativas relevantes sobre la controversia, especialmente en relación con el deber de los árbitros de resolver la controversia entre las partes y esforzarse por dictar un laudo susceptible de ejecución¹⁸⁴.

66. El contenido del orden público de los Estados miembros de la UE viene determinado básicamente por cada Estado en función de sus propios criterios, sin perjuicio de que a los efectos del art. V del Convenio de Nueva York y de las disposiciones sobre anulación prevalezca una interpretación restrictiva. El criterio ampliamente generalizado es que los meros errores de derecho que no supongan una violación del orden público no pueden ser objeto de revisión en el marco de una

¹⁸² M.R. McGuire, "Grenzen...", *loc. cit.*, p. 265.

¹⁸³ Sin embargo, considerando que el art. 9 del Reglamento Roma I es vinculante por igual para los tribunales de los Estados miembros y los árbitros, *vid.* P. Mankowski, "Rom I-VO...", *loc. cit.*, pp. 42-44.

¹⁸⁴ *Vid.* N. Voser, "Mandatory rules of law as a limitation on the law applicable in international commercial arbitration", *Am.Rev.Int'l Arb.*, vol. 7, 1996, pp. 319-357, esp. pp. 341-342; y G.B. Born, *International...*, *op. cit.*, pp. 2699-2703.

acción de anulación o de un exequátur. En relación con la aplicación por los árbitros de normas internacionalmente imperativas de la UE, resulta de interés que el TJUE ha destacado que los tribunales de los Estados miembros pueden tener que examinar, en caso de que se ejercite ante ellos una acción de anulación o conozcan de un exequátur, que no existe una vulneración del orden público¹⁸⁵. En consecuencia, la exigencia de que los árbitros respeten el orden público y den efecto a las normas internacionalmente imperativas de la UE dentro de su ámbito de aplicación deriva de la naturaleza de esas disposiciones del Derecho de la UE y de su deber de tratar de adoptar un laudo ejecutable¹⁸⁶. En este sentido, se ha puesto de relieve que el motivo más acuciante que lleva a los árbitros vinculados con la UE a considerar las normas internacionalmente imperativas y el orden público de la UE es el riesgo de que en el marco del control por los tribunales estatales el laudo pueda ser anulado o su ejecución rechazada¹⁸⁷.

La constatación de que ciertas normas del Derecho de la UE tienen la consideración de disposiciones fundamentales susceptibles de ser consideradas como integrantes del orden público a los efectos del art. V del Convenio de Nueva York o cuando un tribunal de un Estado miembro controla los motivos de anulación de un laudo arbitral no depende de la consideración de los Reglamentos Roma I y Roma II como instrumentos vinculantes para los árbitros en términos similares a los tribunales estatales. Esa constatación deriva de la naturaleza, objetivos y funciones de las disposiciones en cuestión, como ilustra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la caracterización de ciertas normas del Derecho de la Unión como integrantes del orden público en ámbito del arbitraje¹⁸⁸ o como normas internacionalmente imperativas que deben ser aplicadas en situaciones suficientemente vinculadas con la Unión¹⁸⁹. Los tribunales de

¹⁸⁵ STJUE de 23 marzo 1982, asunto 102/81, *Nordsee*, ap. 14; y STJUE de 1 junio 1999, C-126/97, *Eco-Swiss*, ap. 32.

¹⁸⁶ A modo de ejemplo, el art. 41 del Reglamento de arbitraje de la CCI prevé que el tribunal arbitral procedera “esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal”.

¹⁸⁷ Y. Brulard e Y. Quintin, “European Community Law and Arbitration (National Versus Community Public Policy)”, *J. Int'l Arb.*, vol. 18, n° 5, 2001, pp. 533-547, esp. p. 547.

¹⁸⁸ STJUE de 1 junio 1999, C-126/97, *Eco-Swiss*, aps. 36 y 39.

¹⁸⁹ STJUE de 9 noviembre 2000, C-381/98, *Ingmar*, aps. 24 y 25. Aunque queda al margen del alcance de este trabajo, limitado al arbitraje comercial internacional, es conocido que el legislador comunitario puede restringir el empleo del arbitraje con respecto a controversias en materia de consumo mediante reglas que han de ser consideradas imperativas, *vid.* STJUE de 6 octubre 2009, C-40/08, *Asturcom*, aps. 51-53. Además, *vid.* STJUE de 26 octubre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*; y Auto TJUE de 3 abril

los Estados miembros tienen la posibilidad de controlar el respeto a esas disposiciones de Derecho de la Unión incluso cuando los árbitros han sido autorizados para decidir como amigables componedores¹⁹⁰. Debido a que el orden público constituye el motivo más destacado de control de la compatibilidad con el Derecho de la UE de un laudo arbitral en el marco de su control por los tribunales estatales¹⁹¹, la concreción del alcance del orden público presenta una especial trascendencia práctica.

2. Eficacia de las normas internacionalmente imperativas

67. La ausencia de fuerza vinculante directa para los árbitros de los Reglamentos Roma I y Roma II no impide que estos instrumentos puedan resultar relevantes para los árbitros también al determinar si procede dar efecto a normas imperativas¹⁹². Un aspecto sobre el que los dos Reglamentos pueden resultar de utilidad en el arbitraje es el relativo a la identificación de las normas que revisten el carácter de internacionalmente imperativas y que resultan también determinantes del contenido del orden público. Muy significativa es la tradicional diferenciación entre normas imperativas sólo en el ámbito interno y disposiciones que son de imperativa aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación cualquiera que sea la ley aplicable al fondo. Este segundo grupo forma parte del orden público desde la perspectiva del Derecho internacional privado¹⁹³. Aunque la diferenciación parece perder parte de su sentido para los árbitros, que no son órganos de ningún Estado, puede resultarles de utilidad al valorar qué normas imperativas pueden ser consideradas como integrantes del orden público en el eventual control por los tribunales estatales del laudo en el marco de una acción de anulación o de su ejecución en el extranjero.

De los Reglamentos Roma I y Roma II se desprende que el grado de imperatividad de las normas imperativas no es el mismo para todas ellas, como refleja la diferenciación del concepto de “leyes de policía”

2014, C-342/13, *Katalin Sebestyén*. Vid. también S. Schilf, “Römische...”, *loc. cit.*, pp. 688-689.

¹⁹⁰ STJUE de 27 abril 1994, C-393/92, *Almelo*, ap. 23.

¹⁹¹ N. Shelkopyas, *The Application...*, *op. cit.*, pp. 360-368.

¹⁹² N. Voser, “Mandatory...”, *loc. cit.* p. 330.

¹⁹³ Vid. P. Mayer, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Arb. Int.*, vol. 2, 1986, pp. 274-293, esp. p. 275; and N. Shelkopyas, “European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash”, *European Business Organization L. Rev.*, 3, 2002, pp. 569-591, esp. pp. 579-580.

(normas internacionalmente imperativas) del grupo más amplio de leyes imperativas en el ámbito interno que son el conjunto de las disposiciones de la ley de ese país que no puedan excluirse mediante acuerdo, en los términos del art. 3.3º del Reglamento Roma I¹⁹⁴. A diferencia de estas últimas el concepto de leyes de policía o normas internacionalmente imperativas es más restrictivo y se limita a una categoría excepcional de normas que responden a intereses esenciales vinculados al orden público. De hecho, la tradicional distinción entre normas internacionalmente imperativas y orden público se ha difuminado en gran medida, ya que ambas categorías pretenden asegurar la imposición unilateral de valores y principios del Estado que las adopta¹⁹⁵.

Como innovación frente al Convenio de Roma, el art. 9.1º del Reglamento Roma I define el concepto “ley de policía” como “disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”¹⁹⁶. En consecuencia un rasgo esencial de las normas internacionalmente imperativas es que pretenden ser aplicadas dentro de su ámbito territorial con independencia de la ley aplicable al fondo del asunto. La circunstancia de que los árbitros no se hallen vinculados por los Reglamentos Roma I y Roma II no es un obstáculo para que aprecien que la afirmación contenida en los art. 9.2º del Reglamento Roma y 16 del Reglamento Roma II en el sentido de que las leyes de policía deben ser aplicadas en determinadas situaciones con independencia de cuál sea la ley aplicable al fondo es expresión de un principio general que los árbitros deben tratar de respetar¹⁹⁷, sin perjuicio de que se encuentren en una posición que no es la misma que la de los tribunales estatales.

¹⁹⁴ Vid. los art. 3.3º, 9 y el considerando 37 del Reglamento Roma I y los art. 14.2º y 16 y el considerando 32 del Reglamento Roma II.

¹⁹⁵ J. Basedow, *The Law...*, *op. cit.*, p. 476.

¹⁹⁶ El origen de esa definición se encuentra en la sentencia *Arblade* del TJUE en materia de protección de los trabajadores, *vid.* STJUE de 23 noviembre 1999, C-369/96 y C-376/96, *Arblade*, ap. 30.

¹⁹⁷ *Vid. v. gr.*, el laudo final en el asunto nº 158/2011 SCC Arbitration Institute Sweden, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXXVIII, 2013, pp. 253-274, p. 269 (esp. ap. 60), con respecto a la eficacia de normas imperativas de Derecho francés –aplicables con independencia de la ley elegida por las partes– a un contrato regido por el Derecho sueco entre empresas de países de la UE que tenía por objeto la distribución de ciertos productos en Francia.

68. A la luz de la definición del art. 9.1º resulta claro que si una determinada norma queda comprendida en la categoría “leyes de policía” y cuál es su ámbito espacial de aplicación son cuestiones que han de ser determinadas conforme al ordenamiento del Estado (o la UE) del que procede la norma. La caracterización de una norma como internacionalmente imperativa puede requerir un análisis complejo. Tras la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Eco-Swiss* resulta claro que el art. 101 TFUE es una ley de policía y forma parte del orden público desde la perspectiva del Derecho internacional privado¹⁹⁸. La protección de datos personales representa otro ejemplo significativo de sector del ordenamiento integrado en buena medida por normas internacionalmente imperativas. Se trata de un sector que incluye disposiciones acerca de a qué situaciones resulta exigible la aplicación de sus normas cualquiera que sea la ley aplicable al fondo, incluso con respecto a relaciones contractuales y extracontractuales¹⁹⁹.

A falta de disposiciones expresas sobre su ámbito de aplicación espacial, la caracterización como internacionalmente imperativas de ciertas normas puede resultar incierta. Otros ejemplos de leyes de policía a los efectos de los Reglamentos Roma I y Roma II que pueden resultar significativos en el marco del arbitraje comercial internacional incluyen las medidas relativas a embargos comerciales; restricciones al comercio de tecnología de doble uso; determinadas medidas para la preservación del patrimonio cultural, la salud pública o la vida animal; así como las medidas de protección de los agentes²⁰⁰.

69. La diferente posición en la que con respecto a los órganos jurisdiccionales estatales se encuentran los tribunales arbitrales, al no ser órganos de ningún Estado determina que en el marco del arbitraje resulte necesario un análisis específico con respecto a la identificación de las leyes de policía potencialmente aplicables y el tratamiento que debe darse a las mismas. La prevalencia absoluta –dentro de su ámbito de aplicación– de las normas internacionalmente imperativas de la *lex fori* sobre las de la *lex causae* (y sobre las estipulaciones del contrato) que establece el art. 9.2º del Reglamento Roma I y el art. 16 del Reglamento Roma II no se corresponde con la situación en el marco del arbitraje, habida cuenta de la ausencia de *lex fori* y de lo habitual

¹⁹⁸ L.G. Radicati di Brozolo, “Arbitration and Competition Law: the Position of the Courts and of Arbitrators”, *Arb. Int.*, vol. 27, 2011, pp. 1–26.

¹⁹⁹ *Vid.*, con ulteriores referencias, STJUE de 27 julio 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*.

²⁰⁰ STJUE de 9 noviembre 2000, C-381/98, *Ingmar*.

que resulta la elección de una sede neutral que carece de conexiones significativas con la controversia²⁰¹. En el arbitraje cabe hablar de *lex arbitri* que no tiene una posición equivalente a la de la *lex fori* en el caso de los tribunales estatales, e incluso aunque las normas imperativas en materia de procedimiento arbitral del país de la sede han de ser respetadas por los árbitros su repercusión es normalmente mucho menor que la de la *lex fori* sobre los litigios ante los tribunales estatales²⁰². En consecuencia, la distinción fundamental entre leyes de policía de la *lex fori* y leyes de policía extranjeras en la que se basa el art. 9 del Reglamento Roma I y el art. 16 del Reglamento Roma II pierde buena parte de su relevancia en el marco del arbitraje comercial internacional.

No obstante, aunque se afirme que todas las leyes de policía han de ser consideradas como extranjeras por los árbitros, las del lugar de la sede merecen una especial consideración por los árbitros, debido a que esa sede determina los tribunales estatales competentes con respecto a la eventual anulación de laudo. De hecho en la práctica, cabe apreciar una tendencia a tratar de favorecer la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del país de la sede del arbitraje²⁰³.

Es cierto que la vulneración del orden público de país de la sede del arbitraje puede conducir a la anulación del laudo. Ahora bien, en situaciones en las que el país de la sede del arbitraje no presenta conexión con la controversia puede suceder que sus leyes de policía no pretendan ser aplicadas a esa situación, de modo que dar efecto a esas normas no resulta necesario para salvaguardar la validez del laudo en el país de la sede del arbitraje. Si bien un elemento muy relevante en la valoración por los árbitros de las leyes de policía del lugar de la sede es evitar el riesgo de que el laudo sea anulado en ese país, puede suceder que ese objetivo deba ser ponderado con otros que favorezcan dar efecto a las normas internacionalmente imperativas de otros países, como aquellos en los que es previsible que se pretenda la ejecución del laudo y existe el riesgo de que pueda denegarse por ser contrario al orden público de ese país debido a la falta de aplicación de sus leyes de policía.

70. Ni el Reglamento Roma I ni el Reglamento Roma II concretan en qué circunstancias deben ser aplicadas las normas imperativas de

²⁰¹ R. Hausmann, “Anwendbares...”, *loc. cit.*, p. 985.

²⁰² G.A. Bermann, “Mandatory rules of law in international arbitration”, F. Ferrari and S. Kröll, (eds.), *Conflict...*, *op. cit.*, pp. 325–339, esp. pp. 330–331.

²⁰³ *Vid.* N. Voser, “Mandatory...”, *loc. cit.*, pp. 338–339, con ulteriores referencias.

la *lex causae*. Ambos Reglamentos parecen basados en la idea de que la remisión a la *lex causae* incluye sus disposiciones imperativas, si bien debido a las peculiares características de las leyes de policía parece apropiado considerar que esta categoría excepcional de normas imperativas debe ser aplicada como parte de la *lex causae* normalmente sólo en la medida en que ese ordenamiento requiera su aplicación a esa situación²⁰⁴. Se trata de un criterio relevante también en el marco del arbitraje comercial internacional²⁰⁵. Además, la circunstancia de que habitualmente las legislaciones nacionales sobre arbitraje y los reglamentos de arbitraje prevean, al regular la ley aplicable al fondo, que en todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, refuerza la idea de que la aplicación de los términos del contrato no debería resultar menoscabada por las leyes de policía de la ley del contrato a menos que la concreta situación litigiosa quede comprendida dentro del ámbito de imperativa aplicación de esa norma, de modo que la *lex causae* exige su aplicación en ese caso.

71. El art. 9.3º del Reglamento Roma I aborda la posibilidad de que los tribunales de los Estados miembros den efecto a las leyes de policía de terceros Estados. Por el contrario, el Reglamento Roma II no contempla la eventual aplicación de las leyes de policía de terceros Estados²⁰⁶. La eficacia de las normas imperativas de terceros Estados ha sido objeto de una significativa controversia en la UE. Mientras que el art. 7.1º del Convenio de Roma, al regular el régimen de las leyes de policía, contemplaba la posibilidad de dar efecto “a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho”, el art. 9.3º del Reglamento Roma I restringe esa posibilidad a las leyes de policía “del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la

²⁰⁴ El laudo final CCI en el asunto nº 14046, relativo a una cláusula de no competencia incluida en un contrato entre dos partes italianas proporciona un ejemplo de aplicación de la normativa de defensa de la competencia italiana (de la UE) por un tribunal arbitral con sede en Suiza sobre la base de que el Derecho de la competencia de la UE formaba parte del orden público de la *lex causae*, en concreto, la ley italiana, *Yearb. Comm. Arb'n*, vol. XXXV, 2010, pp. 241–271, esp. p. 251.

²⁰⁵ El art. 3.4º del Reglamento Roma I y el art. 14.3º del Reglamento Roma II pueden servir de referencia para apreciar que en determinadas situaciones puede no ser preciso marginar por completo la elección de la ley aplicable, en la medida en que resulte posible asegurar la aplicación de las disposiciones imperativas que las partes pretendían eludir y que se hallan directamente vinculadas con las situación, *vid. O. Chukwumerije*, “Applicable...”, *loc. cit.*, p. 269, con referencia al art. 3.3º del Convenio de Roma.

²⁰⁶ *Vid. A. Dickinson, The Rome II...*, *op. cit.*, pp. 636–638.

ejecución del contrato ilegal”. Cabe destacar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que si bien el art. 9.3^o impide que los tribunales de los Estados miembros apliquen, como normas jurídicas, las leyes de policía que no sean las del Estado del foro o las del Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, no se opone a que pueda tomar en consideración esas otras leyes de policía como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato lo prevea²⁰⁷. El art. 9.3^o del Reglamento Roma I otorga una amplia libertad a los tribunales de los Estados miembros en lo relativo a la eficacia que puede otorgarse a esas disposiciones y los factores que deben valorarse para ello. De acuerdo con esa disposición, para decidir si debe darse efecto a esas disposiciones “se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.

72. La expresión “podrá darse efecto”, a diferencia de la mera aplicación directa del Derecho extranjero introduce una significativa flexibilidad, que permite en el marco del Reglamento Roma I tomar en consideración una norma extranjera como un hecho, por ejemplo para apreciar la imposibilidad de una parte de cumplir con una prestación contractual, lo que también puede resultar relevante en litigios ante tribunales estatales. Además, el criterio de que al decidir si debe darse efecto a esas disposiciones debe valorarse su naturaleza y objeto, así como las consecuencias de su aplicación o inaplicación, sugiere el empleo de un enfoque funcional que también puede resultar apropiado por parte de los árbitros²⁰⁸. Sin embargo el planteamiento restrictivo adoptado por el art. 9.3^o del Reglamento Roma I, influido por las reticencias de los órganos estatales de dar efecto a las leyes de policía extranjeras, limita el potencial del Reglamento Roma I como modelo en el ámbito del arbitraje comercial internacional, en el que cabe apreciar un mayor incentivo para dar efecto a las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados, al no tratarse de órganos de un concreto Estado²⁰⁹. Las diferencias existentes entre la posición en la que se encuentran los árbitros y los tribunales estatales, vinculada a la peculiar preocupación de los árbitros por asegurar el carácter ejecutivo del laudo, determina también que los elementos susceptibles de ser tomados en consideración al decidir si debe darse efecto a las leyes de policía no sean necesariamente los mismos.

²⁰⁷ STJUE de 18 octubre 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, aps. 50-51.

²⁰⁸ *Vid.* N. Voser, “Mandatory...”, *loc. cit.*, p. 348.

²⁰⁹ *Vid.* G.A. Bermann, “Mandatory...”, *loc. cit.*, p. 333.

73. La ausencia de foro en sentido propio en el marco del arbitraje junto con la circunstancia que las leyes de policía pretenden ser de aplicación con independencia de cuál sea la ley que rige el fondo pero sólo a los supuestos que presentan cierta conexión con el país que las adopta conducen a una situación en la que, a diferencia del enfoque del art. 9 del Reglamento Roma I, todos los ordenamientos relacionados con la controversia se hallan en principio en una posición similar en tanto que fuente potencial de normas internacionalmente imperativas²¹⁰. Los árbitros pueden considerar dar efecto no sólo a las leyes de policía del país de la sede, la *lex causae* o el país de ejecución de las obligaciones del contrato, sino también de otros sistemas tan vinculados con el supuesto que la exigencia de respetar sus leyes de policía resultaba previsible para las partes²¹¹. Además, para tratar de conseguir que el laudo resulte susceptible de ejecución, el árbitro puede considerar preciso dar efecto a leyes de policía de terceros Estados sin someterse a los requisitos estrictos del art. 9.3º Reglamento Roma II²¹². La posibilidad de tomar en consideración leyes de policía diferentes adoptadas por diversos países plantea particulares dificultades a falta de criterios que puedan guiar a los árbitros en lo relativo a la coordinación entre normas de policía²¹³.

Los factores que los árbitros pueden considerar al decidir sobre el efecto que debe darse a las leyes de policía de terceros Estados no tienen por qué coincidir con el análisis de los tribunales estatales conforme al art. 9.3º. Al considerar la “naturaleza y objeto” de la norma extranjera los tribunales estatales tienden a valorar si los intereses que la norma pretende tutelar son compartidos por el foro. En el marco del arbitraje un análisis de ese tipo puede buena parte de su sentido, cobrando mayor relevancia la valoración de si la norma de que se trate va destinada a proteger intereses reconocidos a escala internacional²¹⁴. La preocupación de los árbitros por que el laudo sea susceptible de ejecución les lleva a tomar en consideración la poten-

²¹⁰ A.K. Schnyder, “Anwendungen ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte (Überlegungen zu einem Grundsatzentscheid des Schweizer Bundesgerichts)”, *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 293–308, esp. p. 299.

²¹¹ S. Sánchez Lorenzo, “Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Rome I”, *Yearb. Priv. Int’l L. L.*, vol. 12, 2010, pp. 67–91, esp. p. 88.

²¹² R. Hausmann, “Anwendbares...”, *loc. cit.*, pp. 985–986.

²¹³ L.G. Radicati di Brozolo, “Mandatory Rules and International Arbitration”, *Am. Rev. Int’l Arb.*, vol. 23, 2012, pp. 49–74, esp. p. 69.

²¹⁴ N. Voser, “Mandatory...”, *loc. cit.*, pp. 351–352.

cial vulneración del orden público del país de la sede y de otros países en los que resulte probable la ejecución del laudo.

La determinación de los potenciales países de ejecución resulta especialmente compleja en el caso de laudos de condena de cantidad frente a deudores con activos en muchos países. La tendencia a favorecer la aplicación de las leyes de policía del país de la sede del arbitraje se vincula con la circunstancia de que un laudo anulado frecuentemente no podrá ser ejecutado en otros países, si bien el art. V.1^o.e del Convenio de Nueva York no impone necesariamente la denegación de la ejecución²¹⁵.

3. Reglas de conflicto bilaterales y alcance de las normas de orden público

74. El art. 16 del Reglamento Roma II únicamente hace referencia a las leyes de policía del foro, de modo que este Reglamento no contempla la posibilidad de dar efecto a normas imperativas de un país que no sean del foro o de la ley aplicable a la obligación extracontractual²¹⁶. Sin embargo, al margen de los arts. 16 y 26 relativos a las leyes de policía y el orden público, las llamadas normas de conflicto imperativas del Reglamento Roma II, en el sentido de que excluyen la autonomía de la voluntad, presentan especial relevancia para que también los árbitros puedan valorar el alcance espacial de disposiciones de orden público de la Unión y los países cuyas normas imperativas puede resultar apropiado tomar en consideración.

Se ha puesto de relieve en el marco del arbitraje que la toma en consideración de las normas de orden público de terceros Estados puede resultar particularmente relevante en materia de obligaciones extracontractuales, especialmente en situaciones en las que el arbitraje no se limita a cuestiones contractuales sino que va referido también al ejercicio de acciones fundadas en la vulneración de la legislación de un país que no es aquel cuya ley es aplicable al contrato²¹⁷. A este respecto, el art. 6 del Reglamento Roma II puede ser considerado como

²¹⁵ Además, la aplicación por los tribunales arbitrales del orden público de otros países ha sido objeto de un estricto control judicial por los tribunales del país de la sede del arbitraje, *vid.*, con ulteriores referencias, G.B. Born, *International... op. cit.*, p. 2716.

²¹⁶ Para una valoración crítica de la configuración del Reglamento sobre este particular, *vid.* Hamburg Group for Private International Law, "Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations", *RebelsZ*, 2003, pp. 1-56, esp. p. 42.

²¹⁷ G.A. Bermann, "Mandatory...", *loc. cit.*, esp. p. 334.

una norma que determina el alcance espacial de ciertas normas internacionalmente imperativas.

75. Conforme al art. 6.1º del Reglamento Roma II la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal es la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados²¹⁸. Como ha quedado apuntado, el carácter imperativo de la regla de conflicto en esta concreta materia es coherente con la función del Derecho de la competencia desleal²¹⁹. El TJUE ha establecido que el art. 4.3º del Reglamento Roma II, según el cual la ley de otro país se aplica si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con ese otro país que con el del lugar del daño designado en el art. 4.1º, no puede interferir con la aplicación del art. 6.1º, que tiene la finalidad de proteger intereses colectivos mediante una disposición específicamente adaptada al sector de la competencia desleal²²⁰.

También el art. 6.3º.a) del Reglamento Roma II establece el criterio de los efectos en el mercado como la regla de conflicto básica en materia de responsabilidad civil derivada de prácticas restrictivas de la competencia, si bien el art. 6.3º.b) contempla la posibilidad de que una sola ley –la del foro– sea aplicable a ciertas reclamaciones relativas a más de un país. La tendencia a favorecer el ejercicio por particulares de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia²²¹, como ilustran las sentencias *Courage* y *Manfredi* del TJUE²²², así como el potencial alcance transfronterizo de esas con-

²¹⁸ No obstante, cabe reseñar que el art. 6.2º del Reglamento Roma II incorpora una regla especial. A diferencia del resto de los actos en materia de competencia desleal, cuando el litigio va referido a actos que afecten exclusivamente a los intereses de un competidor en particular, se prevé la aplicación de la regla general del art. 4. En las situaciones a las que va referido el art. 6.2º la consecuencia principal será normalmente un perjuicio económico producido en el domicilio de la víctima, de modo que la remisión al art. 4 parece apropiada, *vid.*, S. Leible y M. Lehmann, “Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)”, *RiW* (2007) 721–735, esp. p. 729.

²¹⁹ C. Honorati, “The Law Applicable to Unfair Competition”, A. Malatesta (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Padua, Cedam, 2006, pp. 127–158, esp. p. 148; y C. Handig, “Neues im internationalen Wettbewerbsrecht – Auswirkungen der Rom II-Verordnung”, *GRURInt*, 2008, pp. 24–31, esp. p. 26.

²²⁰ STJUE de 28 julio 2016, C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation*, aps. 44–45.

²²¹ J. Basedow, S. Francq and L. Idot, (eds.), *International Antitrust Litigation – Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart, 2012.

²²² STJUE de 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage* y *Crehan*; y STJUE de 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi* y otros. *Vid.* también also Directiva 2014/104/UE

troversias dota de creciente relevancia a las reglas sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de las restricciones a la competencia. Como puso de relieve el Abogado General Jääskinen en sus Conclusiones en el asunto *Cartel Damages Claim*²²³, la aplicación de cláusulas de arbitraje no constituye en sí misma un obstáculo al efecto útil del art. 101 TFUE, en la medida en que no implica necesariamente privar a las supuestas víctimas de un perjuicio provocado por un cartel ilícito de la posibilidad de obtener una indemnización integral por este concepto. La aplicación del Derecho antitrust en litigios entre particulares puede resultar también de gran importancia práctica en relación con controversias en materia contractual –que quedan al margen del Reglamento Roma II–, habida cuenta de que conforme al art. 101.2º TFUE los acuerdos prohibidos por el art. 101 serán nulos de pleno derecho.

76. El art. 6 del Reglamento Roma II constituye a esos efectos una disposición básica que establece el alcance territorial del Derecho de la competencia de la UE y, en consecuencia, qué situaciones quedan comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las leyes de policía que lo integran. Desde la perspectiva de los árbitros resulta de gran importancia que en la medida en que un arbitraje pueda ser objeto de supervisión por los tribunales de los Estados miembros, esa regla de conflicto es también determinante del alcance del orden público cuando la aplicación del Derecho de la competencia se plantea en el marco de la anulación o la denegación de la ejecución de un laudo. La formulación bilateral del art. 6 del Reglamento Roma II también resulta relevante como indicativo del desarrollo de la doctrina de los efectos en el mercado como un principio general de Derecho internacional privado relevante al establecer no sólo el ámbito de imperativa aplicación del Derecho de la competencia de la UE (y sus Estados miembros) sino también al decidir sobre la posibilidad de dar efecto a las normas de otros mercados que hayan podido resultar afectados por la situación.

77. Este planteamiento es compatible con la apreciación de que las implicaciones sobre el orden público en el ámbito del arbitraje del

de 26 noviembre 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DO 2014 L 349, p. 1.

²²³ Conclusiones de 11 diciembre 2014, C-352/13, *Cartel Damage Claims*, ap. 125. En su sentencia de 21 mayo 2015 en este asunto el TJUE consideró que no tenía suficiente información a su disposición para proporcionar una respuesta útil sobre esta cuestión (ap. 58).

amplio alcance de la exclusión de la autonomía de la voluntad en las acciones derivadas de actos de competencia desleal y de restricciones de la competencia (art. 6), así como de la infracción de derechos de propiedad intelectual (art. 8), aconseja un análisis más detallado²²⁴. Debido al carácter excepcional del orden público como motivo de anulación o denegación de la ejecución de laudos, no cabe excluir que el recurso puntual y limitado a la autonomía de la voluntad en estos sectores no sea considerado en todo caso contrario al orden público.

Si bien los objetivos e intereses presentes en la legislación sobre propiedad intelectual y competencia condicionan decisivamente la normativa sobre existencia y protección de esos derechos exclusivos o la determinación de los actos prohibidos, un recurso limitado a la autonomía de la voluntad en ciertas controversias internacionales sometidas a arbitraje podría resultar compatible con el respeto de esos objetivos e intereses, pese a no estar permitida en el Reglamento Roma II (una excepción puntual cabe apreciar ya en su art. 6.3º.b que atribuye al demandante la posibilidad de optar por la aplicación únicamente de la ley del foro). Por ejemplo, una elección entre partes que desarrollan una actividad comercial limitada a la ley aplicable a las consecuencias de la infracción, en particular a la indemnización derivada de la misma, puede no ser un obstáculo para que los afectados obtengan reparación y facilita el ejercicio de acciones frente a conductas relativas a múltiples Estados. A este respecto, se ha puesto de relieve que los motivos de orden público que fundamentan el recurso imperativo a la *lex loci protectionis* en materia de propiedad intelectual no se proyectan sobre las consecuencias previstas en caso de infracción que conciernen principalmente intereses de las partes implicadas, así como que la posibilidad de pactar la aplicación de un solo Derecho para establecer la indemnización facilita la seguridad jurídica en situaciones en las que la conducta supuestamente infractora se extiende a una pluralidad de países²²⁵.

²²⁴ Por ejemplo, a diferencia del Reglamento Roma II, el art. 110.2º de la Ley suiza de Derecho internacional privado admite con limitaciones la autonomía de la voluntad con respecto a la ley aplicable a las consecuencias de la infracción de derechos de propiedad intelectual. Esta idea ha sido también avalada en los Principios CLIP sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual (art. 3:606).

²²⁵ A. Kur, "Article 3:606: Freedom of Choice for Remedies", Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property (The CLIP Principles and Commentary)*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 347.

VII. Conclusiones

78. El criterio prevalente según el cual los Reglamentos Roma I y Roma II forman parte del Derecho internacional privado general de la Unión que vincula a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, pero no va dirigido a establecer directamente la ley aplicable por los árbitros al fondo de la controversia y sustituir a las legislaciones de los Estados miembros en esa materia, resulta coherente con la naturaleza del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias en la UE y sus Estados miembros. En línea con las tendencias internacionales, las legislaciones nacionales sobre arbitraje de los Estados miembros cuentan con disposiciones específicas sobre la ley aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional, que han sido redactadas para reflejar las particulares exigencias del arbitraje, de modo que su contenido no coincide con el de las normas generales sobre ley aplicable por los tribunales estatales. Se trata de disposiciones especiales presentes en las legislaciones de la gran mayoría de Estados miembros de la Unión, destinadas a ser aplicadas como integrantes de la *lex arbitri* y que responden a la idea de que las reglas de conflicto ordinarias no son directamente vinculantes para los árbitros, que no son órganos estatales. En virtud de esas normas específicas, así como de las incluidas en reglamentos de arbitraje, los tribunales arbitrales gozan de un gran margen de apreciación en lo relativo a la ley aplicable al fondo de la controversia, a falta de elección por las partes.

79. El que los tribunales arbitrales con sede en un Estado miembro no se hallen obligados a aplicar directamente los Reglamentos Roma I y Roma II como si fueran tribunales estatales no impide que estos dos instrumentos puedan desempeñar un papel muy relevante en la determinación de la ley aplicable al fondo en el marco del arbitraje. No es raro en la práctica que los árbitros recurran a disposiciones de estos instrumentos, que representan hitos significativos en el desarrollo del Derecho internacional privado. Se trata de instrumentos relevantes en decisiones arbitrales relativas a múltiples situaciones, por ejemplo, cuando los árbitros para establecer las reglas de conflicto aplicables adoptan un método basado en el recurso a principios generales de Derecho internacional privado. Además, su carácter de instrumentos que unifican las normas sobre ley aplicable a nivel europeo facilita el recurso por los árbitros al llamado método cumulativo para determinar la regla de conflicto apropiada en controversias conectadas únicamente con Estados miembros. Por último, la relevancia de

las disposiciones sobre leyes de policía y orden público de los Reglamentos Roma I y Roma II debe ser valorada a la luz del deber de los árbitros de esforzarse por adoptar un laudo susceptible de ejecución y del alcance de la función de control del arbitraje atribuida a los tribunales de los Estados miembros.

Bibliografía

- AL-HAWAMDEH, A.M.: "The Effect of the Rome I Regulation upon the Choice of Non-State Law and 'Amiable Composition' by Parties in Arbitration", *Business L. Rev.*, vol. 33 (5), 2012, pp. 116–119.
- ANCEL, B., "The Tronc Commun Doctrine: Logics and Experience in International Arbitration", *J. Int'l Arb.*, vol. 7(3), 1990, pp. 65–72.
- BACH, I.: "Art. 14", P. Huber (ed.), *Rome II Regulation (Pocket Commentary)*, Múnich, Sellier, 2011, pp. 336–337.
- BASEDOW, J.: "Vertragsstatut und Arbitrage nach neuen IPR", *Jahrbuch für die Praxis des Schiedsgerichtsbarkeit* 1 (1987), pp. 3–22.
- : *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations*, Brill–Nijhoff, 2015.
- BASEDOW, J., FRANCO, S., e IDOT, L., (eds.): *International Antitrust Litigation – Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart, 2012.
- BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F., y DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.): *Encyclopedia of Private International Law*, vol. III, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.
- BEAUMONT, P. y MCELEAVY, P., *Private International Law – A.E. Anton*, Edimburgo, W. Green, 2011.
- BĚLOHLÁVEK, A.J.: "Law Applicable to the Merits of International Arbitration and Current Developments in European Private International Law: Conflict-of-laws Rules and the Applicability of the Rome Convention, Rome I Regulation and Other EU Law Standards in International Arbitration", *Czech Yearbook of International Law*, vol. I, 2010, pp. 25–46.
- BĚLOHLÁVEK, A.J.: *Arbitration Law of Czech Republic: Practice and Procedure*, New York, Juris, 2013, pp. 1811–1812.
- BERMANN, G.A.: *International Arbitration and Private International Law*, Brill–Nijhoff, 2017, pp. 315–318.
- BLACKABY, N. y PARTASIDES, C.: *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., Oxford, OUP, 2009.
- BONOMI A. y BALLARINO, T.: "Italy", en J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari y P. De Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, vol. III, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, vol. III, pp. 2207–2219.
- BORN, G.B.: *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2014.
- BORTOLOTTI, F. y MAYER, P., (eds.): *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Paris, ICC, 2014.

- BRAND, R.A.: "The European Union's New Role in International Private Litigation", *Loyola University Chicago International L. Rev.*, vol. 2 (2004–2005), pp. 277–293.
- BRÖDERMANN, E.: "Paradigmenwechsel im Internationalen Privatrecht – Zum Beginn einer neuen Ära seit 17. 12. 2009", *NJW*, 2010, pp. 807–813.
- BRULARD Y. y QUINTIN, Y.: "European Community Law and Arbitration (National Versus Community Public Policy)", *J. Int'l Arb.*, vol. 18, n° 5, 2001, pp. 533–547.
- BUCHNER, B.: "Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht", *GRURInt*, 2005, 1004–1012.
- BUSSE, D.: "Rome I and Rome II: Applicability in International Arbitration", *Austrian Yearbook on International Arbitration*, vol. 2013, pp. 23–43.
- CALLIESS, G.P.: "Art. 3 Rome I", in G.P. Callies (ed.), *Rome Regulations (Commentary)*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015.
- CAPPER, P., LJUNGSTRÖM, K. y DÉPINAY, P.: "Proving the Contents of the Applicable Substantive Law(s)", F. Bortolotti and P. Mayer (eds.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Paris, ICC, 2014, pp. 31–59.
- CARON, D.D. y CAPLAN, L.M.: *The UNCITRAL Arbitration Rules (A Commentary)*, 2nd ed., Oxford, OUP, 2013.
- CHUKWUMERIJE, O.: "Applicable Substantive Law in International Commercial Arbitration", *Anglo-Am. L. Rev.*, vol. 23, 1994, pp. 265–310.
- DANILOWICZ, V.: "The Choice of Applicable Law in International Arbitration", *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol. 9, 1985–1986, pp. 235–284.
- DE BOER, T.M.: "Choice of Law in Arbitration Proceedings", *Recueil des Cours*, vol. 375, 2014, pp. 61–87.
- : "Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation", *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2007, pp. 19–29.
- DE LY, F.: "Forum Shopping and the Determination of the Place of Arbitration", F. Ferrari (ed.), *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*, Munich, Sellier, 2013, pp. 53–68.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Commercial Practices: Coherence or Divergence?", S. Leible y A. Ohly (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 137–190.
- : "The Law Applicable to Contractual Obligations: The Rome I Regulation in Comparative Perspective", J. Basedow y K.B. Pissler (eds.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 191–219.
- DERAINS, Y.: "Foreword", F. Bortolotti y P. Mayer (eds.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Paris, ICC, 2014, pp. 5–6.
- : "L'application cumulative par l'arbitre des systems de conflit de lois intéressés au litige", *Rev. arb.*, 1972, pp. 99–121.
- : "Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale", *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 829–855.
- DICKISON, A.: *The Rome II Regulation (The Law Applicable to Non-contractual Obligations)*, Oxford, OUP, 2008.

- DOGAUCHI, M.: “Historical Development of Japanese Private International Law”, J. Basedow, H. Baum and Y. Nishitani (eds.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 27–60.
- DREXL, J.: *MüKoBGB*, Bd. 11, IntImmGR, 6ª ed., Múnich, CH Beck, 2015.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y RUIZ RISUEÑO, F.: *Comentarios al Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (2015)*, CIMA, Madrid, 2016.
- FERRARI, F. y KRÖLL, S. (ed.): *Conflict of Laws in International Arbitration*, Múnich, Sellier, 2011.
- FRANCO, S.: “Les champs d’application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systématique. En passant par la théorie générale...”, M. Fallon, P. Lagarde y S. Poillot-Peruzzetto (dirs.), *La matière civile et commerciale, socle d’un code européen de droit international privé?*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 35–68.
- GAILLARD, E.Y SAVAGE, J. (eds.): *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999.
- GIULIANO, M. y LAGARDE, P.: “Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, JO 1980 C 282, p. 1.
- GOLDMAN, M.: “Les conflits de lois dans l’arbitrage international de droit privé”, *Recueil des Cours*, 1963 (II), vol. 109, pp. 347–485.
- GREENBERG, S., KEE, C. y WEERAMANTRY, J.R.: *International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011.
- GRIGERA NAÓN, H.A.: “Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration”, *Recueil des Cours*, vol. 289, 2001, pp. 9–396.
- HANDIG, C.: “Neues im internationalen Wettbewerbsrecht – Auswirkungen der Rom II-Verordnung”, *GRURInt*, 2008, pp. 24–31.
- HAUSMANN, R.: “Anwendbares Recht vor deutschen und italienischen Schiedsgerichten – Bindung an die Rom I-Verordnung oder Sonderkollisionsrecht?”, *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann*, Bielefeld, Giesecking, 2011, pp. 971–986.
- HEISS, H.: “Party Autonomy”, F. Ferrari y S. Leible (eds.), *Rome I Regulation (The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe)*, Munich, Sellier, 2009, pp. 1–16.
- HELLNER, M.: “Sweden”, en J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari y P. De Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, vol. III, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, vol. III, pp. 2535–2548.
- HONORATI, C.: “The Law Applicable to Unfair Competition”, A. Malatesta (ed.), *The Unification of Choice of Law Rules on Torts and Other Non-Contractual Obligations in Europe*, Pádua, Cedam, 2006, pp. 127–158.
- IMMENGA, U.: *MüKoBGB*, Bd. 11, IntWettbR/IntKartellR, 6ª ed., Múnich, CHBeck, 2015.
- JUNKER, A.: *MüKoBGB*, Bd. 11, Vor Art. 1 Rom II-VO, 6ª ed., 2015, pp. 867–869.
- LEW, J.D.M.: *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, Oceana, 1978.
- GRIMM, A.: “Applicability of the Rome I and II Regulations to International Arbitration”, *SchiedsVZ*, 2012, pp. 189–201.

- HALFMEIER, A.: “Art. 1 Rome II”, en *Rome Regulations (Commentary)*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, p. 469.
- HAMBURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW: “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *RebelsZ*, 2003, pp. 1–56.
- KADNER GRAZIANO, T.: “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation”, J. Ahern y W. Binchy (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 113–132.
- : “Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung”, *RebelsZ*, 2009, pp. 1–77.
- KOOS, S.: “Rom II und das Internationale Wirtschaftsrecht”, *ELF*, (2006)(4), II–73–77.
- KUR, A.: “Article 3:606: Freedom of Choice for Remedies”, Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property (The CLIP Principles and Commentary)*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- LALIVE, P.: “Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse”, *Rev. arb.*, 1976, pp. 155–185.
- LEIBLE, S. y LEHMANN, M. : “Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)”, *RIW*(2007) 721–735
- LOQUIN, E.: “Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats”, S. Corneloup y N. Joubert (eds.), *Le Règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, pp. 119–136.
- MANKOWSKI, P., “Rom I-VO und Schiedsverfahren”, *RIW*, 2011, pp. 30–44.
- MARTINY, D.: *MüKoBGB*, Bd. 10, Vor Art. 1 RomI-VO, 6^a ed., 2015, pp. 179–180.
- MAYER, P.: “Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale”, S. Corneloup and N. Joubert (dirs.), *Le Règlement communautaire “Rome I” et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, pp. 423–442.
- : “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Arb. Int.*, vol. 2, 1986, pp. 274–293.
- MCGUIRE, M.R.: “Grenzen der Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahrensrecht?”, *SchiedsVZ*, 2011, 257–267.
- MCPARLAND, M.: *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford, OUP, 2015.
- NIEDERMAIER, T.: *Schieds- Und Schiedsverfahrensvereinbarungen in Strukturellen Ungleichgewichtslagen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- QISHENG HE, “Recent Developments of New Chinese Private International Law With Regard to Contracts”, J. Basedow y K.B. Pissler (eds.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 157–180.
- PETSCHKE, M.A.: “International Commercial Arbitration and the Transformation of the Conflict of Laws Theory”, *Michigan State J. Int’l L.*, vol. 18, 2010, pp. 453–493.
- : “Punitive Damages in International Commercial Arbitration: A Conflict of Laws Lesson”, *J. Int’l Arb.*, vol. 30, n° 1, 2013, pp. 31–48.
- PFEIFFER, T.: “Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrecht – Ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I-VO”, *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag*, Munich, Sellier, 2014, pp. 501–513

- : “Internationales Vertragsrecht vor Schiedsgerichten – Zur Bedeutung der Rom I-Verordnung in der Schiedsgerichtsbarkeit”, F. Graf von Westphalen (Hrsg.) *Deutsches Recht im Wettbewerb – 20 Jahre transnationaler Dialog*, 2009, Deutscher Anwalt Verein, pp. 178–189.
- PLENDER, R. y WILDERSPIN, M.: *The European Private International Law of Obligations*, 4th ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2015.
- POUDRET, J. y BESSON, S.: *Comparative Law of International Arbitration*, 2^a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2007
- RADICATI DI BROZOLO, L.G.: “Arbitration and Competition Law: the Position of the Courts and of Arbitrators”, *Arb. Int.*, vol. 27, 2011, pp. 1–26.
- : “Mandatory Rules and International Arbitration”, *Am.Rev.Int'l Arb.*, vol. 23, 2012, pp. 49–74.
- RAUSCHER, H. /J. VON HEIN: *EuZPR/EuIPR*(2016), Art 1 Rom I–VO p. 75.
- RAUSCHER, H.: *Unberath J. Cziupka, EuZPR/EuIPR*(2016), Art 1 Rom II–VO, p. 660.
- REITHMANN, C. y MARTINY, D.: *Internationales Vertragsrecht (Das internationale Privatrecht der Schuldverträge)*, 8 ed., Colonia, Otto Schmidt 2015.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXI, 2009, pp. 39–74.
- : “Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts After Rome I”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 12, 2010, pp. 67–91.
- SCHILF, S.: “Römische IPR–Verordnungen – kein Korsett für internationale Schiedsgerichte”, *RfW*, 59, 2013, pp. 678–692.
- SILBERMAN, L. y FERRARI, F.: “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, F. Ferrari y S. Kröll (ed.) *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich, Sellier, 2011, pp. 257–323.
- SCHNYDER, A.K.: “Anwendungen ausländischer Eingriffsnormen durch Schiedsgerichte (Überlegungen zu einem Grundsatzentscheid des Schweizer Bundesgerichts)”, *RebelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 293–308.
- SCHULZE, G.: “Art. 5 Rome I”, en G.P. Callies (ed.), *Rome Regulations (Commentary)*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2015, p. 130.
- SHELKOPLYAS, N.: *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2003.
- : “European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash” *European Business Organization L. Rev.*, 3, 2002, pp. 569–591.
- SYMEONIDES, S.: “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective”, K. Boele–Woelki et al (eds), *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven, 2010
- VON HAIN, J.: *MüKoBGB*, Bd. 10, Einl. IPR, 6^a ed., 2015, pp. 121–122.
- VOSER, N.: “Mandatory rules of law as a limitation on the law applicable in international commercial arbitration”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 7, 1996, pp. 319–357
- WAGNER, G., “Die neue Rom II–Verordnung”, *IPRax*, 2008, pp. 1–17.
- WANG, D.J.W.: “The Revision of Taiwan’s Choice–of–law Rules in Contracts”, J. Basedow y K.B. Pissler (eds.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 181–190.

WORTMANN, B.: "Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System", *Arb. Int.*, 1998, vol. 14, pp. 97-113.

YÜKSEL, B.: "The Relevance of the Rome I Regulation to International Commercial Arbitration in the European Union", *J. Priv. Int'l L.*, 7(1), 2011, pp. 149-178.