

Recibido: 8 enero 2016
Aceptado: 16 marzo 2016

***Iura novit curia* y principio de contradicción: su aplicación en el arbitraje en España ***

Luis GÓMEZ–IGLESIAS ROSÓN

Sumario: I. Introducción. II. La aplicabilidad del principio en el procedimiento arbitral: *iura novit arbiter?*. 1. El principio *iura novit curia* en la *lex arbitri* española. 2. Arbitraje comercial internacional y *iura novit curia*: A) ¿Debe entenderse que las partes, al someter una disputa a arbitraje internacional, pretenden una correcta aplicación del Derecho por los árbitros?; B) Los medios a disposición del árbitro para resolver conforme a Derecho; C) La intervención de los árbitros en la aplicación de un Derecho “ajeno”; D) La tendencia hacia la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional. 3. El arbitraje de inversiones. III. El principio de contradicción como límite a la aplicación del principio *iura novit curia*. 1. *Iura novit curia* y principio contradictorio en el proceso civil español. 2. La experiencia comparada en relación con la interrelación de los principios *iura novit curia* y de contradicción en el arbitraje: A) Alemania; B) Estados Unidos, C) Francia; D) Inglaterra; E) Suiza. 3. *Iura novit curia* y principio de contradicción en el arbitraje en España. IV. Conclusiones.

Resumen: *Iura novit curia* y principio de contradicción: su aplicación al arbitraje en España.

La aplicabilidad del principio *iura novit curia* en el contexto del arbitraje es una cuestión controvertida en la doctrina internacional que, sin embargo, apenas ha recibido atención en España. El presente trabajo se propone aclarar, en primer lugar, si el árbitro puede —o incluso debe— confiar en su propio estudio o conocimiento del Derecho para resolver la controversia conforme a una tesis jurídica no alegada por las partes (dentro de los límites impuestos por el principio de congruencia) o si, por el contrario, se encuentra vinculado en su decisión por las concretas normas jurídicas invocadas. En segundo lugar, asumiendo que los árbitros sí pueden determinar las normas aplicables desligándose de la fundamentación jurídica de las partes, se analizará si los principios de igualdad, audiencia y contradicción regulados en el art. 24 LA exigen que el tribunal arbitral, antes de dictar el laudo, traslade a las partes su opinión discrepante sobre la calificación jurídica y les permita formular alegaciones al respecto.

Palabras clave: ARBITRAJE - *IURA NOVIT CURIA*- AUDIENCIA — CONTRADICCIÓN - POTESTAD DE DIRECCIÓN PROCEDIMENTAL — IMPARCIALIDAD.

* Premio Internacional de Arbitraje otorgado con ocasión del XXV Aniversario CIMA.

Abstract: iura novit curia and contradictory principle: its application in arbitration in Spain.

The applicability of the iura novit curia (the court knows the law) principle in arbitration is a controversial issue among international scholars. However, it has received little attention in Spain. This paper aims to first clarify whether arbitrators can, or even must, rely on their own legal research and knowledge of the law and apply legal arguments that were not pleaded by the parties (within the limits of the non ultra petita principle) or whether they are instead bound by the specific legal rules invoked by counsel. Secondly, assuming that arbitrators can ascertain the applicable rules without being limited by the legal arguments pleaded by the parties, the right to be heard set forth in article 24 of the Spanish Arbitration Law and whether it requires giving the parties the opportunity to comment on the arbitral tribunal's legal assessment before the award is issued will be analysed.

Keywords: ARBITRATION - IURA NOVIT CURIA - RIGHT TO BE HEARD - DUE PROCESS - PROCEDURAL POWERS - IMPARTIALITY

I. Introducción

La aplicabilidad del principio *iura novit curia* en el contexto del arbitraje es una cuestión controvertida en la doctrina internacional, que ha tratado ampliamente la cuestión. Algunos autores consideran que los árbitros tienen una obligación de aplicar el Derecho de oficio. También hay quien sostiene que se trata únicamente de una facultad del tribunal arbitral. Otros, en cambio, niegan que el principio deba aplicarse en el arbitraje internacional.

La cuestión, sin embargo, apenas ha recibido atención en España. Puede afirmarse que, en la práctica, nuestros juzgados y tribunales nacionales han asumido que tal principio resulta de aplicación al arbitraje con el mismo alcance y límites que en el proceso civil. No obstante, tal aplicación no parece desprenderse de un estudio reflexivo acerca de si, dadas las peculiaridades del procedimiento arbitral, existe o no fundamento para trasladar al arbitraje esa regla procesal. Parece, más bien, fruto de una traslación acrítica de la máxima que rige en el proceso civil.

Son muchas las definiciones que se han elaborado sobre el principio¹. Sin embargo, en este trabajo se empleará su acepción más básica: el *iura novit curia* permite al tribunal basar su decisión en normas jurídicas aplicables al caso aunque no hayan sido invocadas por las partes. Partiendo de esta base, la regla puede presentar diferentes

¹ Brooker describe hasta seis definiciones del principio *iura novit curia* (D. Brooker, "Va Savoir! The Adage 'Jura Novit Curia' in Contemporary France", *Legal Series*, The Berkeley Electronic Press, Working Paper No. 845, 2005, pp. 7-49).

grados de intensidad. Puede concebirse como una mera facultad del juzgador de acudir a normas jurídicas no invocadas o como una verdadera obligación de aplicar esas normas con independencia de si han sido o no alegadas por las partes². También existen sistemas, como se analizará en este trabajo, en los que la aplicación por el juez de un punto de vista jurídico distinto exige que el tribunal ponga en conocimiento de las partes ese nuevo punto de vista y les conceda la oportunidad de presentar alegaciones al respecto.

En el sistema procesal civil español, el principio se encuentra regulado por el art. 218.1.2º LEC en los siguientes términos:

“El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”³.

El uso del imperativo “resolverá” implica que los juzgados y tribunales tienen la obligación —no sólo la facultad— de resolver conforme a las normas aplicables, aunque las partes no las hayan invocado. En caso de que el juez, en efecto, considere que debe aplicar normas distintas de las alegadas por los litigantes, la LEC no regula ningún trámite de audiencia a las partes previo a la efectiva aplicación de esas normas. De acuerdo con lo anterior, rige en el proceso español lo que se podría denominar una aplicación estricta del principio *iura novit curia*: el juez está obligado a resolver conforme a las normas aplicables y no se le exige que someta esa novedosa tesis (que se ha denominado “tercera opinión”, “tercera vía” o “tesis del tribunal”) al debate contradictorio de las partes.

La LA, sin embargo, no aborda expresamente esta materia y, como es sabido, la cuestión no puede resolverse acudiendo a la LEC⁴. El presente trabajo pretende dar respuesta, por tanto, al interrogante que plantea este silencio de la LA y, en concreto, a dos cuestiones fundamentales:

² *Ibid.*, pp. 36–38. Brooker analiza la posible concepción de la máxima latina como un deber o como una facultad discrecional del tribunal y sus distintas implicaciones prácticas.

³ La exposición de motivos de la Ley justifica el encaje del *iura novit curia* en el marco del principio de justicia rogada: “Esta inspiración fundamental del proceso —excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción— no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir”.

⁴ SAP Madrid 20ª 28 enero 2011, Roj: SAP M 1309/2011 (*Demoliciones Técnicas, S.A. c. Dinpe, S.L.*).

i) En primer lugar, si el principio *iura novit curia* es aplicable al arbitraje. Es decir, si los árbitros pueden –o incluso deben– aplicar de oficio normas jurídicas no alegadas por las partes (II). Se estudiará en este apartado su posible aplicación, con carácter general, al arbitraje (II.1), si existe alguna especialidad derivada de las peculiaridades del arbitraje comercial internacional (II.2) y, por último, si el principio *iura novit curia* es aplicable en el arbitraje de inversiones (II.3).

ii) En segundo lugar, si, asumiendo que el *iura novit curia* es efectivamente aplicable al arbitraje, los principios de audiencia y contradicción regulados en el art. 24 LA exigen que el tribunal arbitral, antes de dictar el laudo, traslade a las partes su opinión discrepante sobre la calificación jurídica (III). Para ello, se comenzará con una referencia a la regulación de esta cuestión en el proceso civil español (III.1), se estudiará la situación en el arbitraje desde una perspectiva comparada (III.2) y, por último, trataremos de alcanzar algunas conclusiones en relación con el principio de contradicción en el arbitraje con sede en España (III.3).

Antes de emprender el estudio de esta materia, es conveniente delimitar el objeto del presente trabajo en relación con cada uno de los puntos anteriores.

Por un lado, en relación con la aplicabilidad del principio *iura novit curia*, es conveniente precisar que el presente trabajo no se refiere a la identificación del Derecho sustantivo aplicable. Conforme al art. 34.2º LA, ese Derecho sustantivo será el que las partes determinen o, en defecto de pacto, el que los árbitros estimen apropiado. Puede tratarse del Derecho español, del de otro Estado, o de reglas internacionales. Este estudio se propone aclarar si, cuando el Derecho aplicable al fondo de la controversia ya ha sido determinado, el tribunal arbitral puede confiar en su propio estudio o conocimiento de ese Derecho o si por el contrario se encuentra vinculado por las concretas normas jurídicas alegadas por las partes.

Por otro lado, la segunda parte de este trabajo, como ya hemos adelantado, plantea la cuestión de si el tribunal arbitral, antes de dictar el laudo, ha de conceder a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre su nuevo punto de vista jurídico. Esta cuestión afecta al principio de contradicción y no necesariamente al principio dispositivo. Son habituales en la jurisprudencia las disquisiciones relativas a la incongruencia, reflexionando acerca de dónde se encuentran los límites entre el principio dispositivo y el principio *iura novit curia*. Es innegable que cuando el tribunal resuelve sobre lo no pedido por las par-

tes, esa incongruencia *extra petita* originará indefensión a las partes, ya que no habrán podido emplear adecuadamente sus medios de defensa sobre una cuestión no planteada al tribunal. Pero cuando el tribunal, respetando los hechos alegados y las acciones y excepciones ejercitadas por las partes, se aparta en el laudo de la calificación jurídica expresada por las partes sin concederles la posibilidad de pronunciarse sobre ello, no incurre en incongruencia. La cuestión que aquí se plantea es si ello produce indefensión. En la segunda parte de este trabajo se estudiará si, por ello, la aplicación del principio *iura novit curia* puede verse modulada por las exigencias del principio de contradicción. No deben confundirse, por tanto, la incongruencia —como infracción del principio dispositivo— con la indefensión —como vulneración del principio de contradicción—⁵.

II. La aplicabilidad del principio en el procedimiento arbitral: ¿*iura novit arbiter*?

1. El principio *iura novit curia* en la *lex arbitri española*

La jurisprudencia española ha venido reconociendo de forma unánime y constante la aplicabilidad del principio *iura novit curia* al arbitraje⁶. Se considera también que la aplicación de oficio de normas

⁵ Garnica Martín explica a la perfección esta confusión de planos: “En cualquier caso, lo cierto es que no es admisible confundir los problemas derivados de la llamada «tercera opinión», u opinión discrepante del órgano jurisdiccional respecto a la calificación de las partes, con los problemas de congruencia, pues entonces se están confundiendo los términos del problema. Cuando se produce de verdad incongruencia se viola la garantía de contradicción y el principio dispositivo; cuando se produce un apartamiento de la calificación propuesta por las partes no se viola el principio dispositivo y habrá que ver si se produce o no violación del de contradicción. Esto último se da por supuesto con excesiva alegría sin entrar tan siquiera a analizar si en efecto se ha producido en el caso concreto alguna merma de posibilidades de defensa. Pero en cualquier caso lo que es lamentable es que se esté produciendo esa confusión de planos y que el hecho de no tener resuelto el tema de la calificación discrepante nos esté conduciendo a un resultado tan desafortunado como el que hemos visto se produce, que se lleve la cuestión al principio de congruencia y se confunda todo” (J.F. Garnica Martín, “El principio *iura novit curia* y la determinación del objeto del proceso en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley*, t. 1, 1999, pp. 1714 a 1716).

⁶ Por ejemplo, en la STSJ Madrid 5 octubre 2013, Roj: STSJ M 15971/2013 (*Burn Media, S.L. c. Comunidad Filmin, S.L.*): “En consecuencia con lo analizado, entendemos que no se ha producido la modificación sustancial alegada por la demandante, —ni por ende la indefensión que se alega, tal y como hemos analizado—, pues la misma no se produce cuando, en virtud del principio *iura novit curia*, tanto el Árbitro como el Juez se limitan a aplicar normas distintas de las invocadas por las partes, sin alterar el componente fáctico esencial de la acción ejercitada ni la causa petendi”. Nótese en este caso la indebida equi-

no alegadas por las partes no es sólo una facultad del árbitro, sino una obligación⁷. Sin embargo, pese a que no existe ninguna norma en la LA que así lo autorice expresamente, la jurisprudencia no se ha detenido a analizar si existen razones por las que ese principio debería aplicarse o no al procedimiento arbitral.

En efecto, no existe ninguna regla procesal expresa relativa a la aplicación de oficio por el tribunal de normas no invocadas por las partes⁸. Ante esta falta de regulación, habrá que acudir a las reglas generales que, para el caso de las normas procedimentales aplicables al arbitraje, se recoge en el art. 25 LA. De acuerdo con su párrafo primero, las partes pueden convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el párrafo segundo confiere a los árbitros la facultad de "*dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado*"⁹. De modo que la aplicación de oficio de normas jurídicas por parte de los árbitros ha de considerarse incluida en su amplia discrecionalidad procedimental.

El Informe Final de la Conferencia de Río de Janeiro (2008) del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la ILA¹⁰ considera, en esta línea, que la determinación del contenido del Derecho aplicable es una cuestión procedimental y que, ante la ausencia de una norma específica en la *lex arbitri*, los árbitros deberán abordar esta cuestión como cualquier otra de naturaleza adjetiva. Esto significa que los árbitros deberán tener en cuenta la voluntad directa o indirectamente ma-

paración entre incongruencia e indefensión a que hemos aludido en la nota anterior y sobre la que volveremos más adelante.

⁷ S TSJ Cataluña 25 noviembre 2013, Roj: STSJ CAT 11562/2013 (*Caixabank, S.A. c. Coll d'Escapa*).

⁸ Tampoco los reglamentos de las principales instituciones arbitrales españolas contienen ninguna referencia expresa a la aplicación del principio *iura novit curia*. Vid. los reglamentos de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (www.cimaarbitraje.com), la Corte Española de Arbitraje (corte.espanolaarbitraje.es), la Corte de Arbitraje de Madrid (www.arbitramadrid.com), o la Asociación Europea de Arbitraje (www.asociacioneuropealearbitraje.org).

⁹ El precepto se encuentra en línea con el art. 35.1º Regl. Uncitral; el art. 17.1º Regl. CCI; o el art. 28.2º Regl. CIADI.

¹⁰ En la Conferencia de Toronto celebrada el año 2006, el Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la ILA recibió el mandato de estudiar la cuestión de la determinación de los contenidos de la legislación aplicable en el arbitraje comercial internacional y de informar sobre este tema en la Conferencia de Río de Janeiro en el año 2008. Con ese motivo, el Comité elaboró un Informe Final sobre la materia que incluye 15 recomendaciones sobre cómo los árbitros deberían abordar la cuestión de determinar el contenido de la ley aplicable en el arbitraje comercial internacional. Las recomendaciones no son jurídicamente vinculantes, es decir, sólo tienen como objetivo proporcionar una guía no vinculante sobre la cuestión, que en muchos casos no ha sido tratada en las leyes nacionales de arbitraje o en los reglamentos de las instituciones arbitrales.

nifestada por las partes y, a falta de esa manifestación, deberán seguir las reglas de su elección, con un amplio margen de discrecionalidad¹¹.

En apoyo de la inclusión de esta facultad dentro de los poderes procedimentales del árbitro puede citarse el art. 34 de la *Arbitration Act* inglesa. El párrafo primero de este precepto establece una regla equivalente a la del art. 25 LA, de acuerdo con la cual, a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral decidirá todas las cuestiones procedimentales y probatorias. El párrafo segundo, a diferencia de la norma española, contiene un listado de actuaciones que se entienden incluidas en esa facultad, entre las que se incluye la capacidad del tribunal para decidir si debe tomar la iniciativa en la determinación del Derecho¹².

Esta aplicación de la norma general en materia procedimental para determinar la intervención del árbitro en aplicación del Derecho implica una doble conclusión adicional.

En primer lugar, la regla *iura novit curia*, como norma de naturaleza procedimental, se encuentra sometida a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 25.1º LA). Por tanto, nada impide que las partes limiten de mutuo acuerdo la iniciativa del árbitro en la aplicación del Derecho o, dicho de otro modo, las partes pueden excluir el *iura novit curia* del procedimiento arbitral. Es cierto que en la práctica el convenio arbitral raramente regulará la extensión de la discreción de los árbitros en su labor de aplicar las normas jurídicas. Pero el hecho de que las partes no hayan pactado expresamente la presencia del principio *iura novit curia* en el arbitraje no quiere decir que su aplicación sea contraria a su autonomía negocial. Es habitual que esa autonomía se manifieste también indirectamente mediante la elección de la sede del arbitraje, que determina la aplicación de una concreta *lex arbitri*¹³. Cuando las partes eligen España como sede arbitral, están manifestando indirectamente su voluntad de que se aplique el art. 25.2º LA que, según se ha analizado, a falta de acuerdo entre las partes, confiere a los árbitros amplísimas facultades en materia de procedi-

¹¹ Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la ILA, Informe Final de la Conferencia de Río de Janeiro (2008), *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, pp. 15 y 16: "The issue is by and large procedural and thus governed by broad discretionary powers of arbitral tribunals".

¹² El art. 34 *Arbitration Act* de 1996 establece: "(1) It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter. (2) Procedural and evidential matters include— [...] (g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law".

¹³ J. Waincymer, "International Arbitration and the Duty to Know the Law", *J. Int'l Arb.*, vol. 28, 2011, p. 209.

miento, dentro de las que se puede incluir la facultad de aplicar de oficio normas jurídicas no invocadas por las partes.

En segundo lugar, tratándose de una cuestión procedimental, la decisión sobre la conveniencia o no de aplicar de oficio normas jurídicas no invocadas por las partes queda en manos del tribunal, como parte de sus facultades de dirección procesal del procedimiento arbitral. En consecuencia, es muy cuestionable que deba imponerse a los árbitros la obligación de aplicar de oficio normas no invocadas por las partes. A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil español, debe considerarse una mera facultad del árbitro. Sostener una verdadera obligación de los árbitros de aplicar de oficio el Derecho únicamente podría fundarse en una concepción puramente jurisdiccional del arbitraje, de acuerdo con la que los árbitros ejercerían por delegación la misma función que los juzgados y tribunales nacionales¹⁴. Sin embargo, las posturas extremas que propugnan la naturaleza jurisdiccional de la institución arbitral son minoritarias y el enfoque doctrinal mayoritario se basa en una concepción mixta del arbitraje¹⁵. Los árbitros, por tanto, no se encuentran sometidos a las mismas obligaciones que los jueces en relación con la aplicación del Derecho.

Caso distinto es el de las normas de orden público. En el asunto *Eco Swiss c. Benetton*, el TJCE estimó que el art. 85 TCE entonces vigente constituía una norma de orden público en el sentido del CNY 1958¹⁶. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal indicó que un órgano jurisdiccional nacional debe estimar una demanda de anulación de un laudo arbitral cuando considere que el laudo es contrario a esa norma de orden público, si conforme a sus normas internas debe estimar una demanda de anulación basada en el incumplimiento de normas nacionales de orden público¹⁷. Por ello, los árbitros deben aplicar de oficio las normas de orden público aunque no hayan sido invocadas por las partes¹⁸. En caso contrario, incumplirían su deber de emitir un laudo válido y ejecutable.

¹⁴ Una explicación acerca de las diferentes teorías sobre la naturaleza contractual, jurisdiccional, híbrida o autónoma del arbitraje puede consultarse en G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International 2014, pp. 213–215.

¹⁵ D. Ramos Muñoz, “Los árbitros y el poder para dictar condenas no pecuniarias”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. I, n° 3, 2008, p. 701.

¹⁶ STJUE 1 julio 1999, as. 126/97: *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, §§ 36 y 39.

¹⁷ *Ibid.*, §§ 37 y 41.

¹⁸ R. Bamforth y K. Maidment, “Reasonable Opportunity to Present One's Case – Recent English Case Law”, *ASA Bulletin*, vol. 28, 2010, p. 495.

Existen también razones por las que el árbitro debe actuar con la más absoluta de las cautelas en el ejercicio de sus poderes de dirección procedimental. El planteamiento por parte del tribunal arbitral de cuestiones jurídicas no invocadas por las partes supone por definición favorecer a una de ellas. Cuando las nuevas cuestiones de Derecho se introducen de oficio por los árbitros, una de las partes será colocada en una posición más ventajosa y, por lo tanto, hay un riesgo de que tanto la imparcialidad arbitral como el principio de igualdad se vean amenazados¹⁹. No obstante, este riesgo no debe convertirse en una prohibición absoluta de introducir elementos jurídicos de oficio²⁰. Según la gráfica metáfora de Wetter, los árbitros se encuentran entre Escila y Caribdis: deben navegar en el procedimiento arbitral por las peligrosas aguas del estrecho de Mesina y deben afrontar el dilema de adoptar un rol demasiado activo, en cuyo caso podrían infringir su deber de imparcialidad, o un papel excesivamente pasivo, con el riesgo de que las partes no hayan presentado adecuadamente el Derecho aplicable²¹. El tribunal debe tener cuidado de no cruzar la delgada línea que separa la dirección activa del caso de la pérdida de imparcialidad a los ojos de las partes por proporcionar indicaciones jurídicas²². Para el árbitro, el reto consistirá en la identificación, caso por caso, de un cabal equilibrio²³.

¹⁹ A. Carlevaris, "L'arbitre international entre Charybde et Scylla: le principe de jura novit curia entre principe de la contradiction et impartialité de l'arbitre", *The Paris Journal of International Arbitration*, 2010, p. 445.

²⁰ P. Mayer, "La liberté de l'arbitre", *Rev. arb.*, 2013, pp. 353 y 354: "*Mais je considère (...) que la mission de rendre une sentence juste l'emporte. C'est ce désir de justice qui pousse l'arbitre à intervenir, et non pas le désir de favoriser une partie. Le risque que son intervention soit mal interprétée ne doit pas, à mon sens, l'arrêter. Dès lors que le point lui paraît pouvoir commander la solution du litige il peut s'autoriser, par exemple, à demander des explications de fait à une partie dont la thèse lui paraît obscure ou douteuse, à attirer l'attention des parties sur une règle de droit ou une clause du contrat qui lui paraît pertinente mais n'a pas été invoquée, ou encore à émettre un doute sur le choix ou l'interprétation d'une règle invoquée par une partie. Après quoi, pour que le principe de la contradiction soit respecté, il permettra aux deux parties de s'exprimer*".

²¹ J.G. Wetter, "Procedures for Avoiding Unexpected Legal Issues", en A.J. van den Berg (ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series, 1994 Vienna, vol 7, Kluwer Law International 1996, p. 91.

²² J. Risse, *Commentary on the Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules)*, en VV.AA, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International 2007, p. 744.

²³ En este sentido, J.G. Wetter, *op. cit.*, *supra* nota 21, p. 91; J. Adam, Corte de Apelación de París, Sección 1ª, Sala 1ª 3 diciembre 2009, *Spain Arbitration Review / Revista del Club Español del Arbitraje*, 2011, p. 108.

En cualquier caso, el principio de igualdad no debería considerarse afectado por la introducción de cuestiones jurídicas por parte del árbitro, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esas nuevas cuestiones²⁴. El hecho de que las amplias facultades del árbitro vayan acompañadas de la oportunidad de las partes para alegar lo que al respecto crean oportuno constituye un factor que favorece el grado de aceptación de la resolución adversa por parte del litigante vencido²⁵.

Por tanto, la facultad para introducir nuevas cuestiones jurídicas debe ser empleada por el tribunal con cautela y con carácter excepcional. Esa facultad no significa que el árbitro pueda dar rienda suelta a su imaginación y aplicar la normas de acuerdo con las cuales considere que una posición se encuentra mejor fundada. Como regla de principio, corresponderá a las partes la alegación del Derecho y los árbitros deberán decidir con arreglo a lo alegado por las partes, manteniéndose así en una indiscutible posición de imparcialidad.

En definitiva, ha de entenderse que el principio *iura novit curia* está presente en el arbitraje de forma atenuada²⁶. Por un lado, salvo en los casos de normas de orden público, no existe una obligación de los árbitros de aplicar de oficio las normas jurídicas que consideren oportunas. Por otro, la facultad de los árbitros de aplicar normas jurídicas no invocadas por las partes debe entenderse incluida dentro de los amplios poderes de dirección procesal que la LA reconoce a los árbitros, si bien su actuación debe estar presidida por la imparcialidad, de modo que su intervención en la calificación jurídica debe ser excepcional. Analizaremos a continuación si estas mismas conclusiones pueden trasladarse al ámbito del arbitraje comercial internacional.

²⁴ Sentencia de la *Cour d'appel* de París de 16 noviembre 1993: "*considérant qu'en l'absence de violation du principe de la contradiction, il n'y a pas de rupture de l'égalité des parties*" (citada en A. Dimolitsa, "The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law", *ASA Bulletin*, vol. 27, 2009, nota 31). En el mismo sentido, C. Chainais, "L'arbitre, le droit et la contradiction: l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre", *Rev. arb.*, 2010, p. 14.

²⁵ G. Ormazábal, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 27.

²⁶ Aunque no justifique ni desarrolle esta idea por no ser el objeto de su estudio, parece compartir esta visión Hernández-Gil: "Incluso el derecho aplicable es, en muchas ocasiones, objeto de un examen de segundo grado por el Tribunal Arbitral, a través de dictámenes u opiniones traídas al arbitraje. El principio *iura novit curia* no rige como en el proceso, o rige de forma atenuada" (A. Hernández-Gil, "El arbitraje, hacia un nuevo paradigma jurídico", *Arbitraje*, vol. I, n° 3, 2008, p. 655).

2. Arbitraje comercial internacional y iura novit curia

La LA, siguiendo el modelo monista al que explícitamente se adscribe en su exposición de motivos, no establece ninguna norma específica en materia de arbitraje internacional que modifique los amplios poderes de los árbitros para la implementación de las normas procedimentales que estimen oportunas. Sin embargo, la aplicación de la máxima *iura novit curia* en el arbitraje internacional plantea dificultades específicas. En concreto, puede ocurrir que los árbitros y las partes provengan de culturas jurídicas distintas, en las que la aplicación del Derecho por parte del tribunal se rija por parámetros también diversos²⁷. Asimismo, puede ocurrir —y de hecho ocurre con frecuencia— que los miembros del tribunal arbitral desconozcan el Derecho sustantivo que deben aplicar que, de acuerdo con el art. 34 LA, será el que las partes elijan²⁸.

²⁷ J. Adam, *loc. cit. supra* nota 23, p. 104: “Un primer inconveniente es la divergencia que existe en esta materia entre sistemas de Derecho anglosajón y aquéllos de corte civilista. Como ya se ha señalado, los abogados de jurisdicciones dominadas por el common law no reconocen la existencia de esta figura, por otro lado fundamentalmente ajena a la filosofía acusatoria de su sistema. Reunidos en un mismo arbitraje internacional, abogados anglosajones y civilistas —ya sean abogados de parte o árbitros— apreciarán la potestad de los árbitros a través de prismas bien distintos. Los abogados de tradición anglosajona pretenderán que los árbitros se ciñan al contenido del Derecho aplicable según expuesto o “probado” por los abogados de parte —por ejemplo, mediante la aportación al expediente de una selección de normas y jurisprudencia, o la presentación de informes redactados por peritos en el Derecho aplicable— y que se inclinen por la interpretación presentada por una u otra parte, sin que medie mayor análisis. Por el contrario, para los abogados civilistas procederá que los árbitros se acojan, dentro de los límites marcados por la causa petendi y el Derecho aplicable, a normas, reglas, jurisprudencia y demás instrumentos o medios jurídicos que no han sido invocados implícita o explícitamente por las partes”.

²⁸ Cobra aquí especial relevancia la definición del principio *iura novit curia* empleada en el presente trabajo. No se trata de que, de hecho, el tribunal conozca el derecho, como reza literalmente el brocardo. Es evidente que los árbitros pueden no conocer en absoluto el Derecho a aplicar. Se trata, sin embargo, de determinar si el tribunal tiene la facultad —o la obligación— de aplicar el Derecho de oficio. Puede ocurrir que el tribunal no conozca el Derecho pero que, tras llevar a cabo su propio estudio o investigación, alcance una conclusión distinta de la ofrecida por las partes. La cuestión que aquí se plantea es si el tribunal puede aplicar de oficio esa nueva perspectiva jurídica. Como indica Kaufmann—Kohler: “*Reflecting back on the cases in which I have been involved as an arbitrator, and certainly forgetting some of them, I realized that I have resolved disputes under German, French, English, Polish, Hungarian, Portuguese, Greek, Turkish, Lebanese, Egyptian, Tunisian, Moroccan, Sudanese, Liberian, Korean, Thai, Argentinean, Colombian, Venezuelan, Illinois, New York ... and Swiss law. Do I know these laws? Except for New York law, which I learned many years ago and would not pretend to know now, and Swiss law, which I practise, although not that often as you see, the answer is clearly no. So how did I apply a law unknown to me?*” (G. Kaufmann—Kohler, “The Arbitrator and the

La cuestión que se plantea, ciertamente controvertida en la doctrina internacional, es si las particularidades del arbitraje comercial internacional aconsejan la inaplicación de la norma *iura novit curia*²⁹.

A) ¿Debe entenderse que las partes, al someter una disputa a arbitraje internacional, pretenden una correcta aplicación del Derecho por los árbitros?

La doctrina se encuentra dividida en el punto de partida. Por un lado, se sostiene que las partes esperan de los árbitros que dicten un laudo conforme a una correcta aplicación de la ley elegida³⁰. Por otro, se niega que los tribunales arbitrales tengan semejante función, sino que lo que se espera del árbitro es simplemente que resuelva de conformidad con alguna de las posiciones planteadas por las partes³¹. En

Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions", *Arb. Int'l*, vol. 21, 2005, p. 631).

²⁹ El posicionamiento de la doctrina acerca del principio *iura novit curia* depende enormemente de la definición del principio que se emplee. Así, en general, cuando se entiende como una obligación del árbitro de aplicar de oficio el derecho, tiende a ser rechazada (J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S. Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, p. 94: "the principle *iura novit curia*, i.e. that the arbitrators know the law and are under an obligation to assert the law, is not generally acceptable in international commercial arbitration"). En cambio, cuando se concibe como una mera facultad del árbitro la tendencia es la contraria (A. Dimolitsa, *loc. cit.*, *supra* nota 24, pp. 426 y 427: "Either under the maxim '*iura novit curia*', which is accepted for arbitrators as well in civil law jurisdictions though under differing attenuations and conditions, or on the basis of explicit provisions of a national law or of arbitration rules [...], this power should be considered as generally accepted"). También existen posiciones de rechazo frontal a la aplicación del principio en el arbitraje internacional (J.G. Wetter, *loc. cit. supra* nota 21, p. 92: "Implementation of the maxim *iura novit curia* is singularly alien to the international arbitral process (not the least since the arbitrators typically have divergent legal backgrounds and training) and may even be characterized as unethical if not as a serious procedural irregularity").

³⁰ En este sentido, J.D.M. Lew, "Iura novit curia and Due Process", en L. Lévy, ed., *Libri Amicorum Serge Lazareff*, París, Pedone 2011, p. 399 ("[T]he expectation is that a tribunal will correctly apply the substantive rules to issues presented by the facts in each case"); J. Waincymer, *loc. cit. supra* nota 13, p. 210 ("Surveys have shown that a correct and just outcome is the most highly valued aspect of arbitration"); T. Isele, "The Principle *iura Novit Curia* in International Arbitration", *Int'l Arb. l. Rev.*, vol. 13, 2010, p. 22 ("It should be borne in mind that in most cases such an authority of the arbitrator to ascertain the law *sua sponte* does comply with the parties' expectations. Parties usually want a 'correct' decision based on the applicable law"); J. Adam, *loc. cit. supra* nota 23, p. 109 ("No cabe duda de que el principio *iura novit curia* tiene un importante papel que jugar en arbitraje internacional –a nadie le interesa que la justicia arbitral se apoye en planteamientos jurídicos errados–").

³¹ P. Landolt, "Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence", *Arb. int'l*, vol. 28, 2012, pp. 203 a 207: "[I]t is not generally accurate to say that parties expect a 'correct' award. It was also mentioned that there is little if any evidence or argumenta-

nuestra opinión, cuando las partes eligen un Derecho aplicable, pretenden que ese Derecho se aplique correctamente.

La concepción del árbitro como una figura completamente pasiva está claramente influenciada por el denominado *adversarial system* de la tradición anglosajona. Sin embargo, veremos a continuación que las dos grandes tradiciones jurídicas, pese a las notables diferencias que presentan, persiguen en último término la correcta aplicación del Derecho y que, por tanto, se trata de un principio procesal de alcance universal aplicable también al arbitraje internacional.

La aproximación del juez a la aplicación del Derecho varía considerablemente en función del sistema jurídico de que se trate. Existen fundamentalmente dos modelos. Por un lado, aquel en el que el tribunal goza de plenos poderes para determinar y aplicar de oficio el Derecho, que es la aproximación típicamente iuscivilista. Y, por otro lado, aquel en el que el juez tiene un papel menos activo y que confía en la iniciativa de las partes para alegar el Derecho aplicable a la controversia, que es la visión predominante en el *common law*.

En las jurisdicciones de corte continental, en efecto, el juez se encuentra obligado a resolver conforme a las normas aplicables al caso, con independencia de si han sido alegadas por las partes, bajo la máxima *iura novit curia*. Este principio general puede relacionarse con el principio de legalidad, en cuanto el juez se encuentra sometido al imperio de la ley. También encuentra su fundamento en la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, con independencia de la sofisticación de las alegaciones jurídicas de las partes (e incluso cuando una de ellas pueda encontrarse en rebeldía), lo que asegura la aplicación uniforme del Derecho sustantivo y el desarrollo de un cuerpo coherente de jurisprudencia³². Pero, sobre todo, en razones de seguridad jurídica, en la medida en que añade predictibilidad a las decisiones judiciales³³.

tion in favour of the view that parties expect a correct award, and, where this bold position is taken, it is often not backed up by any reasons, or by cogent reasons".

³² T. Isele, *loc. cit. supra* nota 30, p. 16; P. Landolt, *loc. cit. supra* nota 31, pp. 184 a 185.

³³ El principio *iura novit curia* también da lugar a algunas percepciones negativas. La intervención de un tribunal mediante la introducción de un nuevo razonamiento jurídico puede ser interpretada como lanzar un "salvavidas" a una parte que de lo contrario habría perdido su caso, dando lugar a una apariencia de parcialidad judicial (*vid.* C.P. Alberti, "Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?", *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011, p. 5). También se ha dicho que el concepto deriva de inapropiadas actitudes de superioridad por parte de los jueces (J.G. Wetter, *loc. cit. supra* nota 21, p. 90).

El principio pretende, en definitiva, que el Derecho sea aplicado correctamente. Desde la perspectiva del *civil law*, en caso de que se concediera a las partes el control sobre las cuestiones jurídicas, las consideraciones tácticas de los litigantes podrían suponer que el juez no tuviera a su disposición la norma que, de acuerdo con el Derecho sustantivo, debería ser aplicada. Mediante la concepción más estricta del *iura novit curia* se hace recaer sobre el juez una obligación de control del Derecho, que le impone aplicar de oficio la norma correcta, aunque no haya sido alegada por las partes.

En los sistemas del *common law*, presididos por el *adversarial system*, el Derecho procesal se basa en la asunción de que el juez no tiene un conocimiento independiente del Derecho y las partes son responsables de averiguar y presentar al tribunal las normas, fuentes y argumentos jurídicos. No rige, por tanto, el principio *iura novit curia*, lo que se ha llegado a calificar como la diferencia más significativa entre ambas tradiciones jurídicas³⁴. Sin embargo, ello no quiere decir que en la tradición del *common law* el sistema no busque asegurar una solución jurídica correcta. A menudo se describe este modelo sin tener en cuenta un contrapeso fundamental, sin el cual no puede comprenderse el funcionamiento de este proceso netamente contradictorio. Ese contrapeso se encuentra en el papel que las jurisdicciones del *common law* confían al abogado. En ellas, los letrados actúan no sólo en defensa de los intereses de sus clientes, sino también con un deber de franqueza u honestidad hacia el tribunal, el denominado *duty of candor*, con una extensión desconocida en los países de la tradición continental. Ese deber implica, en su vertiente jurídica, que los abogados deben presentar al tribunal todas las fuentes jurídicas aplicables al caso, incluso aquellas no alegadas por la parte contraria y directamente desfavorables a los intereses de su cliente.

Estados Unidos e Inglaterra son dos buenos ejemplos. En Estados Unidos se considera que el abogado es un agente del tribunal y, como el propio tribunal, un instrumento para promover los fines de la justicia³⁵. Desde esa perspectiva, el código deontológico de la *American Bar Association* impone al abogado el deber de poner en conocimien-

³⁴ F.A. Mann, "Fusion of the Legal Profession?", *L. Q. Rev.* 93, 1977, p. 369: "*perhaps the most spectacular feature of English procedure is that the rule curia novit legem has never been and is not part of English law*".

³⁵ B. Cardozo, *Law is Justice: Notable Opinions of Mr. Justice Cardozo*, The Lawbook Exchange 1999, *Karlin c. Culkin*, 248 N.Y. 465 (1928), p. 191: "*The appellant [an attorney] was received into that ancient fellowship [the bar] for something more than private gain. He became an officer of the court, and, like the court itself, an instrument or agency to advance the ends of justice*".

to del juez cualquier fuente de Derecho aplicable contraria a la posición de su cliente que conozca y que no haya sido alegada por la parte contraria³⁶ y, en caso de que los abogados incumplan este deber, los jueces pueden imponerles sanciones³⁷. En Inglaterra, los deberes del abogado frente al tribunal prevalecen frente a sus obligaciones frente a su cliente³⁸. Por ello, las normas deontológicas exigen también llamar la atención del juez sobre cualquier norma o precedente que pueda ser contrario a los intereses de su propio representado³⁹.

En definitiva, la resolución de las disputas por los tribunales conforme a una correcta aplicación del Derecho es una nota común a las dos grandes tradiciones jurídicas. En ambos casos, se garantiza de algún modo que el tribunal tenga a su disposición las normas potencialmente aplicables al caso. En el *civil law*, el principio *iura novit curia* impone a los tribunales el deber de aplicar el ordenamiento jurídico, sin importar la circunstancia de que las partes no hayan invocado las normas adecuadas. En el *common law*, los tribunales conocen el Derecho a través de los abogados, que tienen la obligación deontológica de presentar al juez todo el Derecho aplicable a la controversia, incluidas aquellas fuentes contrarias a los intereses de su cliente. Se trata de dos caminos que conducen a una misma solución. En ambos casos, en un plano teórico, el juzgador tendrá a su disposición todas las fuentes jurídicas potencialmente aplicables a la controversia y podrá, por tanto, emitir una resolución ajustada a Derecho. De acuerdo con el *iura novit curia*, el tribunal puede aplicar de oficio

³⁶ Rule 3.3 Model Rules of Professional Conduct: "(a) A lawyer shall not knowingly: [...] (2) fail to disclose to the tribunal legal authority in the controlling jurisdiction known to the lawyer to be directly adverse to the position of the client and not disclosed by opposing counsel".

³⁷ Un breve estudio reciente sobre la cuestión puede consultarse en E. Bucklo, "The Temptation Not to Disclose Adverse Authority", *The Journal of the Section of Litigation*, vol. 40, 2014.

³⁸ Es ilustrativa la cita de Lord Denning MR en el caso *Rondel c. Worsley* (1966), en la que expresa los deberes del abogado: "He has a duty to the court which is paramount. It is a mistake to suppose that he is the mouthpiece of his client to say what he wants, or his tool to do what he directs. He is none of these things. He owes allegiance to a higher cause. It is the cause of truth and justice. He must not consciously misstate the facts. He must not knowingly conceal the truth. He must not unjustly make a charge of fraud, that is without evidence to support it. He must produce all the relevant authorities, even those that are against him. He must see that his client discloses, if ordered, the relevant documents, even those that is fatal to his case. He must disregard the most specific instructions of his client, if they conflict with his duty to the court".

³⁹ *The Bar Standards Board Handbook*, 1ª edición, enero 2014: "Your duty under Rule C3.3 includes drawing to the attention of the court any decision or provision which may be adverse to the interests of your client. It is particularly important where you are appearing against a litigant who is not legally represented".

la fundamentación jurídica que estime adecuada. De acuerdo con el deber de franqueza, los abogados de las partes deben poner a disposición del tribunal todas las posibles soluciones jurídicas aplicables al caso.

B) Los medios a disposición del árbitro para resolver conforme a Derecho

En el arbitraje internacional, si los árbitros se encontrasen vinculados por las alegaciones jurídicas de las partes y los abogados no tuviesen un deber de franqueza hacia el tribunal arbitral, los árbitros no tendrían ningún instrumento a su disposición para asegurar una correcta aplicación del Derecho. Por ello, es necesaria la presencia de uno de estos dos mecanismos para que el árbitro tenga la capacidad de dictar un laudo conforme a Derecho.

La aplicación del principio *iura novit curia*, como hemos indicado, plantea ciertas dificultades en el arbitraje internacional debido a que los intervinientes en el procedimiento arbitral pueden provenir de distintas culturas jurídicas. A continuación se analizará si el deber de franqueza es trasladable al arbitraje internacional con la misma extensión que en las jurisdicciones del *common law* para facilitar una correcta aplicación del Derecho por el tribunal.

En el ámbito del arbitraje internacional, las "Directrices de la *International Bar Association* sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional" regulan únicamente el alcance del deber de franqueza en relación con las alegaciones fácticas, pero no se refieren a las alegaciones jurídicas⁴⁰. Esta omisión no parece casual, sino que refleja la dificultad de alcanzar una posición común, debido a las notables diferencias en las posiciones de partida de los distintos sistemas jurídicos⁴¹. La única referencia a esta materia se encuentra en los comentarios a las Directrices, en los que lacónicamente se indica que el abogado podrá argumentar cualquier interpretación jurídica que

⁴⁰ Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 25 mayo 2013 por resolución del Consejo de la IBA, *International Bar Association*, Directrices 9–11.

⁴¹ J. Waincymer, "Regulatory Developments in the Control of Counsel in International Arbitration – The IBA Guidelines on Party Representation", en *International Arbitration and the New LCIA Rules and Annex, Arb. Int'l*, vol. 30, 2014, pp. 521–522: "Legal families differ significantly on such matters as [...] selective submissions as to law and self-serving analysis of precedents. Thus there would be no ready consensus on a range of elements of national ethical standards".

considere razonable⁴². Aunque Waincymer sostiene que la falta de mención de un equivalente al deber de franqueza no significa que la IBA se haya decantado por una u otra opción⁴³, lo cierto es que no existe un deber afirmativo de presentar al tribunal todas las normas jurídicas potencialmente aplicables al caso.

Incluso cuando las normas nacionales impusieran al abogado el deber de franqueza en el seno de un procedimiento arbitral internacional, lo cierto es que la acción disciplinaria por parte de los colegios de abogados locales es inusual, incluso en el arbitraje interno, y su eficacia es todavía más cuestionable en el contexto del arbitraje internacional⁴⁴. En cuanto a la autoridad del tribunal arbitral para aplicar normas de conducta profesional, se considera al menos incierta, especialmente cuando se trata de la aplicación de normas nacionales⁴⁵.

Ante la ausencia de un deber de franqueza efectivamente exigible que obligue a los abogados a presentar al tribunal todas las normas potencialmente aplicables al caso —incluidas las no favorables a su representado—, debe permitirse en el arbitraje internacional que los árbitros intervengan en la determinación de las normas jurídicas aplicables para permitirles alcanzar una solución jurídica correcta.

Además, aunque las diferencias entre ambas tradiciones jurídicas en relación a esta cuestión tienden a exagerarse⁴⁶, la intervención del tribunal en la determinación del Derecho a aplicar no es cuestión completamente ajena a la tradición anglosajona. En el *common law*, el tribunal, aunque no se encuentra obligado a ello, puede plantear preguntas a las partes, sugerir nuevas líneas argumentales, o llamar la atención sobre fuentes omitidas por los abogados⁴⁷. Se ha llegado a

⁴² Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 25 mayo 2013 por resolución del Consejo de la IBA, International Bar Association, Comentarios a las Directrices 9–11.

⁴³ J. Waincymer, "IBA Guidelines On Party Representation In International Arbitration", *Kluwer Arbitration Blog*, 10 julio 2013.

⁴⁴ G.B. Born, *loc. cit. supra* nota 14, p. 2856.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 2880.

⁴⁶ Caso *Jeroen van Schijndel y Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Conclusiones del abogado general F.G. Jacobs presentadas el 15 junio 1995, §34.

⁴⁷ G.C. Hazard, "Arguing the Law: The Advocate Duty and Opportunity", *Georgia L. Rev.*, 16, 1982, p. 828: "The rule requiring citation of opposing authority is only rarely operative, because the other side usually cites directly supportive authority and, if it does not, the judges often remember". También M.H. Freedman, "Arguing the Law in an Adversary System", *Georgia L. Rev.*, 16, 1982, p. 838: "Even if opposing counsel has overlooked the adverse authority, the court (or the judge's law clerk) might find it after briefs and arguments have been submitted".

afirmar incluso que la institución del *judicial notice* equivaldría, en realidad, a la regla *iura novit curia*⁴⁸.

C) La intervención de los árbitros en la aplicación de un Derecho "ajeno"

El principio *iura novit curia* también plantea dificultades en el arbitraje internacional en la medida en que supondría permitir a los árbitros que aplicasen de oficio un Derecho sustantivo que pueden desconocer.

En las discusiones sobre la aproximación de los árbitros al análisis y aplicación del Derecho, suele establecerse una analogía con las normas relativas a la aplicación del Derecho extranjero por los tribunales nacionales. Tradicionalmente, los sistemas jurídicos occidentales habían tratado procesalmente al Derecho extranjero como un mero hecho procesal que, como tal, debía ser alegado y probado por las partes⁴⁹. Esta es la visión tradicional de los sistemas del *common law*, también presente en las jurisdicciones continentales⁵⁰. De hecho, el nacimiento del principio *iura novit curia* se encuentra de algún modo vinculado al fenómeno de la prueba del Derecho extranjero. La máxima surge en la Edad Media fruto de la tensión existente entre *ius commune* y *ius municipale*, especialmente en la península itálica⁵¹. El *ius commune* se consideraba como el Derecho común europeo, mientras que el *ius municipale* englobaba las costumbres y estatutos locales. Quien invocaba a su favor una norma del *ius commune* o un estatuto local no precisaba probar su existencia ni su vigencia, carga que,

⁴⁸ M. Taruffo, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Cedam, 1979, p. 162: "In linea di principio, a dire il vero, il problema non esiste: la regola non scritta che impone al giudice il dovere di *judicial notice* sulla substantive law ha un significato equivalente a quello che nei sistemi di civil law si attribuisce al principio *iura novit curia*".

⁴⁹ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Anales de Derecho*, n° 17, Universidad de Murcia 1999, p. 286.

⁵⁰ *Ibid.* Los autores citan como referencia la decisión de Lord Mansfield de 1774, en el caso *Mostyn c. Fabrigas*, en Reino Unido y la decisión del juez Marshall de 1804, en el caso *Church c. Hubbart*, en Estados Unidos. España seguía también esta aproximación, como muestran las SSTs de 21 junio 1864, 13 enero 1885, 26 mayo 1887 y 7 noviembre 1996.

⁵¹ En efecto, el principio *iura novit curia* no es romano, sino medieval. En cualquier caso, tiene su fundamento en Roma, pues cuando el juez desconocía el derecho —lo cual era frecuente, por ser éste un particular— acudía a los jurisprudentes [R. Domingo (dir.), *Principios de Derecho global: Aforismos jurídicos comentados*, Aranzadi 2003, §312, p. 72].

sin embargo, sí gravaba a quien alegase ante el tribunal una costumbre o un estatuto de una localidad diferente a aquélla donde tenía su sede el tribunal⁵².

En el siglo XX, sin embargo, algunos ordenamientos apreciaron la necesidad de introducir ciertas correcciones, al haberse convertido este sistema en una fuente de fraude procesal, pues bastaba no alegar ni probar el Derecho extranjero para evitar su aplicación y provocar la aplicación de la *lex fori*⁵³.

Aunque en ciertas jurisdicciones el Derecho extranjero sigue recibiendo el tratamiento de una cuestión fáctica —es el caso de Inglaterra—, algunos Estados hicieron recaer sobre el tribunal la responsabilidad de aplicar el Derecho foráneo como si se tratara de su propio Derecho nacional. Una muestra de ello es el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979⁵⁴. Otros, sin embargo, tendieron hacia una regulación flexible de la aplicación del Derecho extranjero por el juez nacional, lo que se ha denominado un sistema de “textura abierta”⁵⁵.

En España, el art. 281.2º LEC es una muestra de la regulación flexible del fenómeno procesal del Derecho extranjero. Por un lado, el precepto impone a la parte que invoca el Derecho extranjero un deber de probarlo y, por otro lado, añade la posibilidad de que el juez lo investigue de oficio como complemento a la actividad de las partes. El juez debe resolver conforme al Derecho alegado pero no está obligado a hacerlo en el sentido probado por la parte, sino que el art. 281.2º le faculta para investigar por su cuenta con el objeto de formarse una idea más objetiva, haciendo una comprobación adicional para asegurar la correcta aplicación al caso del Derecho extranjero⁵⁶.

⁵² G. Ormazábal, *op. cit. supra* nota 25, p. 22.

⁵³ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, 49, p. 287.

⁵⁴ Disponible en www.oas.org. El art. 2 de la Convención establece: “Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”. La Convención fue ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En relación con el art. 2, México realizó la siguiente reserva: “México interpreta que el Art. 2 crea una obligación únicamente cuando ante el juez o autoridad se ha comprobado la existencia del derecho extranjero o sus términos son conocidos para ellos de alguna otra manera”.

⁵⁵ F.J. Garcimartín Alférez, nota a STS 17 diciembre 1991, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIV, 1992, pp. 239–243.

⁵⁶ M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Civitas 2007, p. 528.

Una norma similar rige en la litigación federal de Estados Unidos. De acuerdo con la Regla 44.1 de las *U.S. Federal Rules of Civil Procedure*, para la determinación del Derecho extranjero, el tribunal puede considerar cualquier material o fuente relevante, ya sea o no alegada por las partes⁵⁷. Las notas explicativas de 1966 relativas a esta norma muestran el empuje de la intervención del tribunal en la averiguación del Derecho extranjero frente a la evanescencia del deber de franqueza, al referirse expresamente a la bondad de que el juez examine los materiales relativos al Derecho extranjero, ante la posibilidad de que el letrado los haya presentado de forma parcial o sin el suficiente detalle⁵⁸.

Estas normas de naturaleza flexible contemplan la intervención del juzgador en la tarea de aplicar normas jurídicas ajenas y pueden servir de guía para el arbitraje internacional⁵⁹.

Es más, la intervención del árbitro en la determinación de las normas jurídicas aplicables se encuentra más justificada en el procedimiento arbitral internacional que en aquellos procedimientos nacionales en los que el juez aplica Derecho extranjero. La razón reside en que, cuando las partes no cumplen con su deber inicial de acreditar el Derecho extranjero, los jueces nacionales tienen una válvula de escape en la aplicación supletoria del Derecho nacional que sirve como cláusula de cierre del sistema de aplicación del Derecho extranjero. Los árbitros internacionales, en cambio, tienen el deber de resolver conforme al concreto Derecho aplicable y, a diferencia de los jueces, no pueden recurrir a una *lex fori* de aplicación supletoria al fondo del asunto. Dicho de otro modo, en el arbitraje no existe el "Derecho extranjero"⁶⁰. En el plano fáctico, cuando las partes no presentan pruebas suficientes para la acreditación de los hechos alegados, los árbitros

⁵⁷ El art. 44.1º establece: "A party who intends to raise an issue about a foreign country's law must give notice by a pleading or other writing. In determining foreign law, the court may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence. The court's determination must be treated as a ruling on a question of law".

⁵⁸ 1966 Notes of Advisory Committee Rules, *U.S. Federal Rules of Civil Procedure*, Regla 44.1:

"In further recognition of the peculiar nature of the issue of foreign law, the new rule provides that in determining this law the court is not limited by material presented by the parties; it may engage in its own research and consider any relevant material thus found. The court may have at its disposal better foreign law materials than counsel have presented, or may wish to re-examine and amplify material that has been presented by counsel in partisan fashion or in insufficient detail. On the other hand, the court is free to insist on a complete presentation by counsel".

⁵⁹ G. Kaufmann-Köhler, *loc. cit. supra* nota 28, p. 633.

⁶⁰ J.D.M. Lew, L.A. Mistelis y S. Kröll, *op. cit. supra* nota 29, pp. 442 y 443.

pueden acudir a reglas de distribución de la carga de la prueba para considerar si el hecho discutido ha quedado o no acreditado. Esta aproximación es lógica en la medida en que la realidad fáctica puede haber existido o no. En cambio, si ninguna de las partes alega una norma jurídica aplicable al caso, el tribunal no puede abstenerse de aplicar el Derecho⁶¹, pues en el arbitraje internacional existe una presunción de completitud del Derecho aplicable⁶², sin que haya ninguna base para aplicar normas de distribución de cargas en el plano jurídico⁶³.

D) La tendencia hacia la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional

Esta postura acerca de la aplicación del Derecho de oficio por parte de los árbitros se ve confirmada por una clara tendencia jurisprudencial de los tribunales nacionales, que se decantan mayoritariamente por conceder a los tribunales arbitrales la facultad —o incluso imponerles la obligación— de investigar de forma independiente el contenido del Derecho aplicable⁶⁴. En el siguiente apartado O, se estudiará en detalle la aplicación del principio en el arbitraje en Alemania⁶⁵, Estados Unidos⁶⁶, Francia⁶⁷, Inglaterra⁶⁸, Suiza⁶⁹ y. Con diferentes grados de intensidad, los tribunales de todos estos Estados reconocen la aplicación de la máxima al arbitraje internacional.

⁶¹ C. Von Wobeser, "The Effective Use of Legal Sources: How Much Is Too Much and What Is the Role for *Iura Novit Curia*?", en AJ. van den Berg (ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, 2010 Rio, vol. 15, Kluwer Law International 2011, p. 207: "when it comes to international arbitration, the starting premise should necessarily be that an arbitrator must apply the law chosen by the parties and should not avoid this obligation with an argument that the law is foreign".

⁶² Por ejemplo, el art. 42.2º Convenio del CIADI establece: "El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley".

⁶³ Aunque desde una postura abiertamente crítica con la aplicación del principio *iura novit curia* al procedimiento arbitral, Landolt considera que "[t]his is in fact probably the only constructive application of the maxim *iura novit curia* in international arbitration" (P. Landolt, *loc. cit. supra* nota 31, nota 93. p. 220).

⁶⁴ T. Giovannini, "International Arbitration and *Iura Novit Curia* – Towards Harmonization", en M.A. Fernández-Ballesteros y D. Arias, David (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley 2010, p. 500. En el mismo sentido, J. Adam, *loc. cit.* nota 23, p. 104: "Existe en la actualidad una clara tendencia a admitir en arbitraje internacional la facultad de aplicar el principio *iura novit curia* en tanto en cuanto no lesione los derechos de contradicción y de defensa de las partes".

⁶⁵ *Infra*, pp. 77-78.

⁶⁶ *Infra*, p. 78.

⁶⁷ *Infra*, pp. 79-81.

⁶⁸ *Infra*, pp. 81-84.

⁶⁹ *Infra*, pp. 84-86.

Especialmente significativo es el caso de Inglaterra, cuna del *common law* y, sin embargo, precursora en la regulación expresa de las amplias facultades de los árbitros en la aplicación del Derecho. Como hemos visto, el art. 34 de la *Arbitration Act* prevé la capacidad del tribunal arbitral para decidir si debe tomar la iniciativa en la determinación de las concretas normas jurídicas aplicables al caso⁷⁰.

En esa misma línea homogeneizadora, los “Principios ALI / UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional” muestran una suerte de convergencia entre las dos grandes tradiciones jurídicas. Los Principios ALI / UNIDROIT fueron adoptados y promulgados conjuntamente por el *American Law Institute* (ALI) y el *Institut international pour l’unification du droit privé* (UNIDROIT) como estándares para la solución jurisdiccional de litigios comerciales transnacionales. También fueron concebidos para servir de guía en el marco del arbitraje internacional en todo aquello que no resulte incompatible con el procedimiento arbitral⁷¹. El Principio 22.1 establece: “El tribunal tiene el deber de considerar todos los hechos y pruebas relevantes y de determinar los fundamentos jurídicos correctos para sus decisiones, inclusive las cuestiones a resolverse sobre la base del derecho extranjero”⁷². En el marco del proceso de convergencia al que hemos aludido, resulta significativa la adopción por el ALI estadounidense del Principio 22.1, que recoge en toda su extensión –esto es, con carácter imperativo– la vigencia de la regla *iura novit curia*.

Una reciente encuesta realizada entre árbitros pertenecientes al estadounidense *College of Commercial Arbitrators* muestra una abrumadora tendencia de la comunidad arbitral hacia la intervención de los árbitros en la determinación de las normas jurídicas aplicables. Una de las preguntas formuladas consistía en determinar con qué frecuencia, ante la falta de acuerdo en contrario de las partes, los árbitros hacen todo lo posible por determinar y seguir el Derecho aplicable. Un 86,7% de los encuestados afirmó hacerlo “siempre” y un 11,7% “habitualmente”⁷³.

⁷⁰ *Vid. supra* nota 12.

⁷¹ Así consta en la versión comentada de los Principios ALI/UNIDROIT, también adoptada por ambas instituciones: “*These Principles are equally applicable to international arbitration, except to the extent of being incompatible with arbitration proceedings, for example, the Principles related to jurisdiction, publicity of proceedings, and appeal*” (disponible en www.unidroit.org en su versión en inglés).

⁷² Disponible en www.unidroit.org.

⁷³ Th.J. Stipanowich y Z.P. Ulrich, Zachary “Arbitration in Evolution: Current Practices and Perspectives of Experienced Commercial Arbitrators”, *Legal Studies Research Paper Series* 2014, Paper Number 2014/30, p. 56. La cuestión planteada fue literalmente la

Sin embargo, como se ha señalado, no debe perderse de vista que la debida imparcialidad del árbitro exige una aproximación cautelosa y excepcional a esta medida. El Informe Final de la Conferencia de Río de Janeiro trata de encontrar el equilibrio. El Informe establece en sus recomendaciones que, con carácter principal, recae sobre las partes el deber de alegar las cuestiones jurídicas⁷⁴ y que, en general, los árbitros no deben introducir cuestiones de Derecho que las partes no hayan alegado, a no ser que se trate de normas de orden público⁷⁵. Pero los árbitros no se encuentran completamente constreñidos por la fundamentación jurídica de las partes y pueden examinar fuentes jurídicas no invocadas –siempre y cuando se encuentran relacionadas con las cuestiones suscitadas por las partes– y confiar en su propio conocimiento del Derecho aplicable⁷⁶. En todo caso, el tribunal arbitral debe conceder a las partes una oportunidad razonable de ser oídos acerca de las cuestiones jurídicas que puedan ser relevantes para la decisión del caso⁷⁷. Sobre esta última cuestión tratará la sección O del presente trabajo.

siguiente: “As an arbitrator, how often do you do the following in rendering a final award? (...) In the absence of a contrary agreement between the parties, I do my best to ascertain and follow applicable law in rendering an award”. Los porcentajes de las demás opciones fueron los siguientes: “la mitad de las veces”, el 0%; “a veces”, el 1,6%; y “nunca”, el 0%.

⁷⁴ Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la ILA, Informe Final de la Conferencia de Río de Janeiro (*vid. supra* notas 10 y 11), recomendación 5ª (“Arbitrators should primarily receive information about the contents of the applicable law from the parties”).

⁷⁵ Recomendaciones 6ª (“In general, and subject to Recommendation 13, arbitrators should not introduce legal issues – propositions of law that may bear on the outcome of the dispute – that the parties have not raised”) y 13ª (“In disputes implicating rules of public policy or other rules from which the parties may not derogate, arbitrators may be justified in taking measures appropriate to determine the applicability and contents of such rules, including by making independent research, raising with the parties new issues (whether legal or factual), and giving appropriate instructions or ordering appropriate measures insofar as they consider this necessary to abide by those rules or to protect against challenges to the award”).

⁷⁶ *Ibid.*, recomendación 7ª (“Arbitrators are not confined to the parties’ submissions about the contents of applicable law. Subject to Recommendation 8, arbitrators may question the parties about legal issues the parties have raised and about their submissions and evidence on the contents of the applicable law, may review sources not invoked by the parties relating to those legal issues and may, in a transparent manner rely, on their own knowledge as to the applicable law as it relates to those legal issues”).

⁷⁷ *Ibid.*, recomendación 8ª (“Before reaching their conclusions and rendering a decision or an award, arbitrators should give parties a reasonable opportunity to be heard on legal issues that may be relevant to the disposition of the case. They should not give decisions that might reasonably be expected to surprise the parties, or any of them, or that are based on legal issues not raised by or with the parties”).

3. *El arbitraje de inversiones*

Para proporcionar una visión completa de la aplicación del Derecho a iniciativa del tribunal en el arbitraje, concluiremos este apartado 0 con una referencia al arbitraje de inversiones.

En este caso, la presencia del principio *iura novit curia* es más clara. En el caso *Klockner c. Camerún*, un comité de anulación de CIADI se planteó si, formulando su propia teoría o argumento, el tribunal había ido más allá del marco jurídico establecido por demandante y demandado. Consideró que, siempre que el tribunal permanezca dentro de ese marco legal, debe ser libre para confiar en los argumentos que considere mejor fundados⁷⁸. En el procedimiento de anulación del caso *Mitchell c. Congo*, el comité de anulación concluyó que está permitido a los miembros del tribunal arbitral tener en cuenta de oficio artículos no invocados por las partes, si bien no es obligatorio⁷⁹. En el caso *Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, el comité *ad hoc* llevó al extremo la extensión del principio y anuló el laudo por considerar que los árbitros habían incumplido su deber de aplicar el Derecho, al no haber identificado una cuestión jurídica relevante y no alegada por las partes⁸⁰.

Esta presencia del principio en el arbitraje de inversiones viene precedida del reconocimiento expreso por parte de la CIJ de la aplicabilidad del principio *iura novit curia*. En el caso *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la CIJ dejó claro que el principio significa que el tribunal no depende de los argumentos de las partes en relación con el Derecho aplicable⁸¹. En esa resolución, la CIJ citó el caso relativo a la *Jurisdicción en materia de pesquerías*, en el que había considerado que al tribunal se le exigía examinar de ofi-

⁷⁸ Decisión sobre Anulación de 3 mayo 1985 caso CIADI No. ARB/81/2 (*Klökner c. Camerún*): "Even if it is generally desirable for arbitrators to avoid basing its decisions on an argument that has not been discussed by the parties, it obviously does not follow that they therefore commit a 'serious departure from a fundamental rule of procedure'".

⁷⁹ Decisión sobre Anulación de 1 noviembre 2006, caso CIADI No. Arb/99/7 (*Mitchell c. Congo*), §57.

⁸⁰ Decisión sobre Anulación de 30 julio 2010, caso CIADI No. ARB/01/3 (*Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*), §392: "As in the case of the 'only way' requirement, the Committee notes that from the material before it, the parties in their arguments before the Tribunal do not appear to have expressly identified and argued the issue of the legal definition of the expression 'contributed to the situation of necessity' in Article 25(2)(b) of the ILC Articles. However, the Committee again considers that the Tribunal is nonetheless required to apply the applicable law".

⁸¹ Sentencia de la CIJ de 27 junio 1986, caso *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (*Nicaragua c. Estados Unidos de América*), p. 14, §29.

cio todas las normas de Derecho internacional que pudieran ser relevantes para resolver la disputa y que la carga de alegar las normas de Derecho internacional no puede imponerse a ninguna de las partes, en la medida en que el tribunal tiene el conocimiento del Derecho⁸². La CIJ también se refirió al caso *Lotus*, en el que su predecesora, la CPJI, había considerado que en el cumplimiento de su cometido de determinar cuál es el contenido del Derecho internacional, no debía limitarse a la consideración de los argumentos presentados por la partes, sino que incluyó en su investigación todos los precedentes, doctrina y hechos a los que tuvo acceso y que podrían haber revelado la existencia de un principio de Derecho internacional⁸³.

Otros tribunales internacionales han invocado también el principio *iura novit curia* para aplicar de oficio el Derecho. Es el caso del Órgano de Apelación de la OMC. En su informe de 2004 relativo a las *Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, estimó que las Comunidades Europeas no tenían la carga de proporcionar la interpretación jurídica de una concreta cláusula⁸⁴. En otro informe anterior, el denominado *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación consideró que si en su razonamiento tuviera que limitarse a analizar los argumentos jurídicos presentados por las partes podría comprometerse su evaluación objetiva del asunto⁸⁵.

En definitiva, puede afirmarse que el principio *iura novit curia* es aplicable en el arbitraje de inversiones. Esta aplicabilidad es sin duda más clara e intensa que en el caso del arbitraje comercial –se habla en la mayoría de los casos de una obligación del tribunal–, que se explica porque los tribunales no pueden apartarse de los principios generales

⁸² Sentencia de la CIJ de 24 julio 1974, caso *Jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia)*, p. 9, §17.

⁸³ Sentencia de la CPJI de 7 septiembre 1927, *SS Lotus (Francia c. Turquía)*, p. 26.

⁸⁴ Informe del Órgano de Apelación de la OMC de 7 abril 2004, *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, WT/DS246/AB/R, §105.

⁸⁵ Informe del Órgano de Apelación de la OMC de 26 abril 2000, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, §156: “[E]n el ESD [Entendimiento sobre Solución de Diferencias] no hay nada que limite la facultad de un grupo especial para utilizar libremente los argumentos presentados por una cualquiera de las partes –o desarrollar su propio razonamiento jurídico– para apoyar sus propias opiniones y conclusiones sobre el asunto sometido a su consideración. Puede darse el caso de que un grupo especial no pueda realizar una evaluación objetiva del asunto, como dispone el art. 11 del ESD, si en su razonamiento tiene que limitarse exclusivamente a utilizar argumentos presentados por las partes en la diferencia”.

del Derecho internacional público⁸⁶. Además, la intervención del tribunal a la hora de determinar el Derecho aplicable se justifica también porque las resoluciones que dicten pueden ser empleadas como precedentes en otros procedimientos⁸⁷. En definitiva, existen razones de peso para apoyar la aplicación del principio en el arbitraje de inversiones, si bien no hay ninguna razón para negar a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas que el tribunal considere relevantes para la resolución del caso⁸⁸.

III. El principio de contradicción como límite a la aplicación del principio *iura novit curia*

Como hemos analizado, el principio *iura novit curia* se encuentra presente en el arbitraje de un modo atenuado. En este apartado O estudiaremos cómo debe actuar el tribunal arbitral que se plantea aplicar normas jurídicas distintas de las alegadas por las partes. En concreto, nos planteamos si el principio de contradicción exige que el tribunal arbitral, antes de dictar el laudo, conceda a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre el nuevo punto de vista jurídico o puede aplicar directamente esa tercera vía en su resolución.

Como precisábamos en la Introducción del presente trabajo, no nos detendremos a analizar el principio de congruencia como límite a la máxima *iura novit curia*. Se trata indiscutiblemente de un importante límite a la aplicación del Derecho por parte del tribunal: el laudo debe resolver las acciones y excepciones planteadas por las partes, respetando siempre la *causa petendi*⁸⁹. Consideramos, no obstante, que excede del objeto de este estudio las discusiones doctrinales acerca de qué debe entenderse por *causa petendi* y hasta qué punto debe llegar la flexibilidad en el análisis de la congruencia. El supuesto que aquí planteamos es aquel en el que el tribunal, sin incurrir en incongruencia, resuelve conforme a un punto de vista jurídico distinto del alegado por las partes. Las dificultades que ello plantea no proceden de las

⁸⁶ J. Waincymer, *loc. cit.*, *supra* nota 13, pp. 216 y 217.

⁸⁷ A. Dimolitsa, *loc. cit.*, *supra* nota 24, p. 429.

⁸⁸ J. Waincymer, *loc. cit.*, *supra* nota 13, p. 217.

⁸⁹ STSJ Islas Canarias 15 noviembre 2012 (*Playa del Duque c. Meliá Hotels*): "Sin embargo, tampoco podemos afirmar que el árbitro ha de decidir cualquier cuestión que, referida al negocio jurídico controvertido, ni siquiera hubiera sido introducida por las partes y sometida a los principios de audiencia, defensa y la debida contradicción, pues ello atentaría no solo a la incongruencia extra-petita sino también a principios fundamentales como los de la proscripción de la indefensión o infracción de otros como los de audiencia y contradicción".

exigencias del principio dispositivo, sino del principio de contradicción⁹⁰.

En nuestro análisis, repasaremos en primer lugar el estado de la cuestión en el proceso civil español. En segundo lugar, llevaremos a cabo un estudio comparado acerca de la aplicación del principio de contradicción en el arbitraje en relación con el *iura novit curia*. Por último, trataremos de alcanzar algunas conclusiones acerca del procedimiento arbitral español.

1. *Iura novit curia* y principio contradictorio en el proceso civil español

En el proceso civil español, en caso de que el tribunal se proponga resolver conforme a una norma no alegada por las partes, la LEC no regula ningún trámite preceptivo de audiencia a las partes. No obstante, el ordenamiento jurídico español no es completamente ajeno a ese trámite, que sí se prevé para el procedimiento ante el Tribunal Constitucional, en la jurisdicción contencioso-administrativa y en la penal.

En el plano del procedimiento constitucional, el art. 39.2º LOTC establece que el Tribunal podrá fundar la declaración de inconstitucional en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso. El art. 84 LOTC prevé que, si el Tribunal considera que pueden existir motivos de admisibilidad o de fondo aplicables al caso distintos de los alegados por las partes, puede comunicárselo a las partes y darles audiencia⁹¹.

El art. 65.2º LRJCA establece un procedimiento similar, en el que cuando el tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes, concediéndoles un plazo de diez días para ser oídas sobre ello⁹².

⁹⁰ *Vid. supra* nota 5.

⁹¹ El art. 84 LOTC establece: “El Tribunal, en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional. La audiencia será común, por plazo no superior al de diez días con suspensión del término para dictar la resolución que procediere”.

⁹² El art. 65.2º, heredero del antiguo art. 43 de la Ley de 27 diciembre 1956, establece lo siguiente: “Cuando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello. Contra esta providencia no cabrá recurso alguno”.

También en el enjuiciamiento criminal español se regula la denominada “tesis del tribunal”⁹³. Formuladas las conclusiones definitivas, puede suceder que el tribunal considere que el hecho punible ha sido calificado de forma errónea y, en este caso, el art. 733 LECr otorga al tribunal la posibilidad de plantear a las partes la “tesis”, es decir, una calificación jurídica del hecho punible distinta a la mantenida por ellas.

La ausencia de un trámite semejante en el Derecho procesal civil ha sido duramente criticada por la doctrina, que ha denunciado incluso la posible inconstitucionalidad del art. 218.1.2º LEC, por ser contrario al principio contradictorio y, por tanto, al art. 24 CE⁹⁴. El problema no es nuevo. En el año 1972, el proyecto profesoral denominado “Corrección y actualización de la LEC” sugería la inclusión de un trámite de audiencia a las partes cuando el tribunal pretendiera basar su decisión en argumentos jurídicos no alegados por las partes⁹⁵. Ya en 1964, el profesor Prieto–Castro denunciaba cómo el cambio de punto de

⁹³ El art. 733 LECr establece:

“Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula:

«Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número ... del artículo ... del Código Penal»

Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto de la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución de delito público, que sea materia de juicio.

Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día”.

⁹⁴ V. Fairén Guillén, *Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil y su práctica inicial*, Universitat Jaume I 2004, pp. 29 a 31: “No es ésta [la actuación inquisitiva del tribunal] la que escandaliza; es la falta de audiencia previa de las partes, a fin de que puedan alegar sobre esta nueva base”, y “de ahí que se pudiera contemplar incluso la inconstitucionalidad de la norma por extremada posibilidad de ser base de indefensiones y de falta de contradictorio”.

⁹⁵ *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos 1972, art. 313:

“I. Cuando el tribunal, con sujeción en todo caso al principio dispositivo y de congruencia, pretendiera fundar su decisión en argumentos jurídicos no aducidos por las partes que entrañen modificación de la calificación dada a los hechos en el debate, previa suspensión del plazo para dictar resolución, deberá oírles sobre aquellos.

II. A tal efecto, el Tribunal dictará providencia fijando el tema a discutir y concederá un plazo de doce días a las partes para que aleguen por escrito lo que les conviniera”.

vista jurídico puede determinar una “imposibilidad de defensa temporánea por el litigante afectado”⁹⁶.

Compartimos la visión de Ortell Ramos, según la cual es plenamente coherente con el principio de contradicción condicionar la virtualidad del principio *iura novit curia* a una previa discusión de la tesis jurídica que el órgano jurisdiccional considera correcta⁹⁷. Por esta razón, el tribunal debería conceder a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre su discrepante calificación jurídica⁹⁸.

El legislador, sin embargo, no incluyó en la LEC una norma reguladora de la tesis del tribunal en el procedimiento civil, por lo que consideramos que el juez no está obligado a poner su tesis discrepante en conocimiento de las partes antes de dictar sentencia⁹⁹. La jurisprudencia es clara y reiterada acerca de la extensión del principio *iura novit curia* en el proceso, que no requiere de una advertencia a las partes para que puedan alegar lo que estimen conveniente. El único límite que el Tribunal Supremo establece en relación con la aplicación

⁹⁶ L. Prieto–Castro y Ferrándiz, *Trabajo y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid 1964, p. 235.

⁹⁷ M. Ortells Ramos, “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, n° 1, 2010, p. 409.

⁹⁸ J.L. Vázquez Sotelo, “Los principios del Proceso Civil”, en VV.AA., *Responsa Iurispritorum Digesta*, vol. 1, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 120: “Esta potestad del Tribunal puede suponer en algunos casos plantear una tesis jurídica distinta de la sostenida por ambas partes (la denominada «tercera opinión» o punto de vista jurídico del Tribunal). Para que el tribunal pueda ejercer sus poderes sobre la aplicación correcta de las normas jurídicas sin que con ello se vean sorprendidas las partes es conveniente que antes de hacerlo someta la nueva tesis a debate de las partes”.

⁹⁹ Otros autores consideran, sin embargo, que, incluso sin una previsión específica en la LEC, el tribunal *debe* poner en conocimiento de las partes su tesis. En este sentido, J. Montero Aroca, “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad”, en *Derecho PUC*, n° 53, 2000, p. 640 (“La «tercera opinión», la del juez, ha de haberse puesto antes en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de alegar sobre la misma. Lo que entra en juego entonces no es el objeto del proceso, sino el derecho de defensa”) o F.J. Ezquiaga Ganuzas, “El sometimiento del juez a la ley: “iura novit curia” y aplicación judicial del derecho”, en *Curso de filosofía del derecho valores y principios constitucionales en la jurisdicción*, Universidad del País Vasco 2002, p. 18 (“cuando el órgano judicial ejerce los poderes que le confiere el principio *iura novit curia* y altera la calificación jurídica realizada por las partes o la acusación y/o las normas consideradas aplicables por aquéllas, el principio de contradicción se convierte en un límite para el juez. Su intervención no conlleva, sin embargo, un recorte de la capacidad del órgano jurisdiccional para dar a los hechos que considere probados la calificación jurídica que estime adecuada y, en consecuencia, para decidir las normas jurídicas que son aplicables al litigio. Pero sí impone al juez la obligación de motivar el rechazo de la selección normativa o de la calificación jurídica efectuada por las partes y de otorgarles la posibilidad de alegar lo que estimen conveniente si el órgano jurisdiccional formula una «tercera opinión» modificando la expresada por aquéllas en relación con el Derecho aplicable”).

de oficio del Derecho es el respeto por la causa de pedir. Un ejemplo reciente de esta reiterada jurisprudencia lo encontramos en la STS 1ª 10 diciembre 2013 (Roj: STS 6301/2013):

“Siempre que se respete la *causa petendi* [causa de pedir] de las pretensiones de las partes, esto es, el acaecimiento histórico o relación de hechos que sirven para delimitarlas, el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo *iura novit curia* [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión”.

Esta regulación choca con los principales códigos europeos de procedimiento civil que, con carácter general, prevén que el juez sólo puede resolver una controversia de acuerdo con un punto de vista jurídico no invocado por las partes si antes les ha proporcionado la oportunidad de pronunciarse sobre ese nuevo punto de vista. Es el caso de Alemania, donde el tribunal, salvo que se trate de una petición accesoria, no puede dictar sentencia con fundamento en un punto de vista claramente ignorado o considerado irrelevante por una parte sin antes realizar a los litigantes la oportuna advertencia o indicación y ofrecerles la oportunidad de realizar las alegaciones que estimen convenientes¹⁰⁰. También en Austria, cuyo código de procedimiento civil regula la cuestión en términos muy similares al alemán¹⁰¹. En Francia, donde el juez no puede apoyar su decisión en fundamentos de Derecho apreciados de oficio sin haber invitado previamente a las partes a exponer sus observaciones¹⁰². O en Portugal, cuyo código impone al juez el deber de observar y hacer cumplir, a lo largo del todo el proceso, el principio contradictorio, sin que le sea lícito, salvo en casos de manifiesta innecesidad, decidir cuestiones de Derecho sin que las partes hayan tenido la posibilidad de pronunciarse sobre ellas¹⁰³.

¹⁰⁰ *Zivilprozessordnung* §139(2): “Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien”.

¹⁰¹ *Zivilprozessordnung* §182a: “Das Gericht hat das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Außer in Nebenansprüchen darf das Gericht seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, nur stützen, wenn es diese mit den Parteien erörtert (§ 182) und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat”.

¹⁰² Art. 16.3 del *Nouveau Code de Procédure Civile*: “Il [le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

¹⁰³ Art. 3.3 del Código de Processo Civil: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de

El único tímido acercamiento del legislador español a la imposición de límites en la aplicación de oficio del Derecho en el proceso civil se encuentra en el art. 552.1.2° LEC, introducido por la Ley 8/2013, de 26 de junio. El precepto establece que, cuando el tribunal aprecie la posible abusividad de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo, dará audiencia por quince días a las partes. Es evidente que esta reforma tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE relativa a las cláusulas abusivas, en concreto, en su Sentencia de 21 febrero 2013¹⁰⁴. Sin embargo, como luego veremos, la jurisprudencia del TJUE no limita la necesidad de dar audiencia a las partes al ámbito de la abusividad de las cláusulas.

En definitiva, aunque es ciertamente criticable que en el proceso civil español no se prevea la audiencia a las partes cuando el juez se plantea decidir la controversia de acuerdo con una calificación jurídica discrepante, lo cierto es que la LEC no regula con carácter general la necesidad de ese trámite.

2. La experiencia comparada en relación con la interrelación de los principios iura novit curia y de contradicción en el arbitraje

Aunque los motivos que pueden determinar la anulación de un laudo arbitral varían en función de la jurisdicción, la mayoría de las normas nacionales reguladoras del arbitraje contienen esencialmente los mismos posibles motivos para el ejercicio de la acción de anulación¹⁰⁵. Por esa razón, las decisiones de diferentes jurisdicciones acerca de la anulación de laudos arbitrales pueden ser objeto de comparación e identificar así tendencias comunes.

Asimismo, los árbitros, aunque tienen una amplia libertad para desarrollar su actividad, tienen que hacerlo dentro de los límites de su mandato y, en última instancia, tienen el deber de emitir un laudo ejecutable. Y, cuando un laudo dictado en un arbitraje con sede en

manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem".

¹⁰⁴ Petición de decisión prejudicial planteada por el *Fővárosi Bíróság* (Hungría), STJUE (Sala Primera) de 21 febrero 2013, asunto C-472/11, §36: "el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales".

¹⁰⁵ Así lo demuestra un análisis de las normas aplicables, que siguen en general las directrices del art. 34 LMU.

España ha de ser ejecutado en el extranjero, puede verse sometido al escrutinio de los tribunales del Estado en cuestión. Aunque el art. III CNY 1958 establece una presunción favorable a la ejecutabilidad de los laudos, tanto la propia Convención como otras normas internacionales y nacionales establecen excepciones. En concreto, en lo que importa a los efectos del presente estudio, se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero cuando la parte contra la que pretende ejecutarse la sentencia arbitral no haya podido hacer valer sus medios de defensa [art. V.1º.b) CNY 1958] o si el reconocimiento o ejecución del laudo fuesen contrarios al orden público del Estado en que pretende ejecutarse [art. V.2º.b) CNY 1958].

En la aplicación del art. V.1º.b) CNY 1958, muchos tribunales nacionales han establecido que debe ser aplicada la ley del foro donde se pretende ejecutar el laudo para determinar si a una de las partes le ha sido denegada la posibilidad de hacer valer sus medios de defensa. Aunque lo cierto es que el art. V.1º.b) debe referirse a un estándar internacional¹⁰⁶, al llevar a cabo ese análisis los tribunales habitualmente emplean sus propios estándares nacionales¹⁰⁷.

El art. V.2º.b) CNY 1958 establece como motivo de denegación que el reconocimiento o la ejecución del laudo sean contrarios al orden público de ese Estado. Dentro del concepto de orden público, muchas jurisdicciones incluyen la noción de "orden público procesal", que protege derechos fundamentales de las partes en el proceso, especialmente el principio de audiencia¹⁰⁸. Al igual que en el caso del art. V.1º.b), los árbitros no sólo deben tener en cuenta el concepto y alcance del orden público de la sede arbitral, sino que es igualmente relevante la definición de orden público del lugar donde previsiblemente el laudo haya de ser ejecutado¹⁰⁹.

¹⁰⁶ G.B. Born, *op. cit. supra* nota 14, p. 3504. De acuerdo con una interpretación literal y sistemática del precepto, es difícil concluir que el art. V.1º.b) contemple la aplicación del derecho nacional. A diferencia de los arts. V.1º.a) y d) y V.2º.a) y b), que se refieren específicamente a las leyes nacionales, el art. V.1º.b) no se refiere expresamente a la ley del país en que se pretende el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera.

¹⁰⁷ Por ejemplo, en Estados Unidos, "Article V(1)(b) 'essentially sanctions the application of the forum state's standards of due process,' in this case, United States standards of due process" (*Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 298, 5th Cir. 2004).

¹⁰⁸ Por ejemplo, la Sentencia de 28 julio 2010 del Tribunal Federal suizo.

¹⁰⁹ J. Cadarso Palau, "Art. 41", en VV.AA.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson/Aranzadi 2004, pp. 435 y 436: "por elevado que sea el grado de emancipación o deslocalización del arbitraje, su misma aspiración a la eficacia le impide desentenderse por entero del orden público de, al menos, el lugar donde previsiblemente el laudo haya de ser ejecutado".

La experiencia comparada muestra, como hemos adelantado, una mayoritaria aceptación del principio *iura novit curia* en el procedimiento arbitral. No obstante, los tribunales nacionales aceptan esta aplicación estableciendo como límite los principios de audiencia y contradicción.

A) Alemania

En general, en Derecho alemán resulta de aplicación el principio *iura novit curia* tanto en el proceso como en el arbitraje: ni el juez ni el árbitro se encuentran vinculados por el punto de vista jurídico alegado por las partes¹¹⁰. En los procedimientos ante tribunales nacionales, el art. 139(2) del *Zivilprozessordnung* (ZPO) requiere del juez que se proponga fundar su decisión en un argumento jurídico no alegado por las partes que les informe acerca de este nuevo argumento para que tengan la oportunidad de discutirlo¹¹¹. Existe división en la doctrina alemana entre los que consideran que el trámite previsto en el art. 139(2) ZPO resulta aplicable también al arbitraje, especialmente cuando las partes provienen de culturas jurídicas diversas¹¹², y los que entienden que no es trasladable al arbitraje, a no ser que las partes así lo acuerden¹¹³.

No obstante, incluso el sector doctrinal que niega la aplicación de la sección 139(2) al arbitraje reconoce que si el tribunal arbitral quiere basar su decisión en un fundamento jurídico que manifiestamente las partes no han tenido en cuenta debe igualmente informarles de ello y, en caso de no hacerlo, infringiría el principio de audiencia¹¹⁴. Se habla en estos casos de la "prohibición de una resolución sorpresiva" (*Verbot der Überraschungsentscheidung*). De acuerdo con una sentencia del OLG de Stuttgart¹¹⁵, constituye también una decisión sorpresiva un laudo basado en un aspecto o argumento planteado por una de las partes del procedimiento arbitral, si el tribunal había transmitido la impresión de que no consideraba que ese aspecto fuese decisivo para el resultado de la disputa.

En cualquier caso, esta obligación de informar a las partes no significa que el tribunal tenga una obligación general de discutir sus pun-

¹¹⁰ K.-H. Böckstiegel y S.M. Kröll, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International 2007, p. 537.

¹¹¹ *Vid. supra* nota 100.

¹¹² K.-H. Böckstiegel y S.M. Kröll, Stefan Michael, *op. cit.* supra nota 110, p. 537.

¹¹³ *Ibid.*, p. 283.

¹¹⁴ Sentencia del *Oberlandesgericht* de Frankfurt de 26 julio 2005.

¹¹⁵ Sentencia del *Oberlandesgericht* de Stuttgart de 18 agosto 2006.

tos de vista jurídicos con las partes o proporcionales una estimación jurídica preliminar del caso¹¹⁶. Se limita a conceder a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos aspectos jurídicos sobre los que el tribunal arbitral se propone basar el laudo.

B) Estados Unidos

En Estados Unidos, la *Federal Arbitration Act* no se refiere expresamente a las facultades de los árbitros en la dirección del procedimiento arbitral y la jurisprudencia ofrece pocos ejemplos relativos a las actuaciones que el tribunal puede llevar a cabo de oficio en relación con la aplicación del Derecho.

Uno de ellos es el reciente caso *Cellu-Beep, Inc. c. Telecorp Communications, Inc.* (2014)¹¹⁷. Durante una conferencia telefónica mantenida entre el árbitro y los abogados de las partes en el seno del procedimiento arbitral, el árbitro preguntó espontáneamente al demandado si iba a solicitar la desestimación de la demanda sobre la base de la prescripción de la acción ejercitada, sin que la parte demandado hubiera mencionado ese argumento en sus escritos iniciales. Telecorp Communications alegó entonces la excepción de prescripción y el árbitro dictó laudo estimando la excepción. Cellu-Beep formuló demanda de anulación del laudo basada en una evidente parcialidad del árbitro.

La Corte de Distrito desestimó la acción de anulación en la medida en que la parte actora no había acreditado la concurrencia de un interés personal del árbitro en el caso, considerando legítimo que el árbitro requiera a las partes para que aleguen sobre la prescripción, especialmente cuando se les concede la oportunidad de formular alegaciones al respecto¹¹⁸.

Por tanto, los tribunales estadounidenses consideran que los árbitros tienen la facultad de llamar la atención de las partes sobre un aspecto jurídico en particular, concediéndoles la posibilidad de formular alegaciones.

¹¹⁶ Sentencia del *Oberlandesgericht* de Múnich de 22 enero 2007.

¹¹⁷ Sentencia del *United States District Court for the Southern District of New York* de 18 julio 2014 (*Cellu-Beep c. Telecorp Communications*).

¹¹⁸ "Soliciting briefing on a potentially dispositive issue, especially when both parties are afforded an opportunity to brief the matter, is certainly legitimate. In fact, it is within the purview of the arbitrator to dismiss a case sua sponte on statute of limitations grounds, even without granting petitioner a briefing opportunity".

C) Francia

El art. 16.3 del *Nouveau Code de Procédure Civile*, aplicable al arbitraje en virtud del art. 1464 del mismo código¹¹⁹, establece que el árbitro no puede fundar su decisión sobre los medios jurídicos que ha introducido de oficio sin haber invitado previamente a las partes a presentar sus alegaciones¹²⁰. De acuerdo con lo anterior, los tribunales franceses han establecido reiteradamente que *"los árbitros tienen la obligación de conceder a las partes la oportunidad de discutir contradictoriamente cualquier información que ellos obtengan y utilicen"*¹²¹.

La aplicación de los tribunales franceses de esta norma es ciertamente estricta y ha sido una causa recurrente de anulación de laudos arbitrales. En el caso *Engel Austria c. Don Trade* (2009)¹²², la Corte de Apelación de París anuló el laudo por haberse basado en la teoría de la imprevisibilidad (*imprévision*) sin haber concedido a las partes una oportunidad adecuada para referirse a esa doctrina. En 2010, la Corte de París anuló también un laudo por una infracción de los principios de audiencia y contradicción, al considerar inaceptable que un laudo pudiera basarse en una teoría indemnizatoria asumida correcta o incorrectamente por el tribunal arbitral sin que haya sido tratada por las partes¹²³. Se trataba de un caso relativo a la frustración de una *joint-venture* para la explotación de una mina, en el que los árbitros condenaron a una de las partes al pago de una indemnización por importe de 45 millones de dólares sobre la base de la teoría de la "pérdida de oportunidad" (*perte de chance de poursuivre le projet*). Las partes, sin embargo, se habían centrado en el argumento del lucro cesante (*gain manqué*).

Los tribunales franceses han acudido también a esta norma para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. En el caso *Malicorp Limited c. République arabe d'Égypte*, la Corte de

¹¹⁹ "Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1".

¹²⁰ Vid. *supra* nota 102.

¹²¹ Vid., v.gr., la Sentencia de la Corte de casación de 3 octubre 2002: "[L]es arbitres ont l'obligation de mettre les parties en mesure de débattre contradictoirement toute information qu'ils ont recueillie et utilisée".

¹²² Sentencia de la Corte de Apelación de París de 3 diciembre 2009 (*Engel Austria c. Don Trade*).

¹²³ Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 marzo 2010 (*La Société Commerciale Caribbean Niquel c. La Société Overseas Mining Investments Ltd*).

Apelación de París (2008)¹²⁴, rechazó la ejecución de un laudo arbitral emitido por el Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional. En concreto, la Corte consideró que el tribunal arbitral, que había anulado el contrato y concedido una indemnización de daños y perjuicios sobre la base de varios artículos del Código Civil Egipcio, había introducido de oficio en el laudo esos artículos sin someterlos a la discusión de las partes, que únicamente habían invocado y discutido principios de responsabilidad contractual sobre la base de otros artículos del Código Civil Egipcio. La Corte de casación confirmó la decisión de la Corte de Apelación y, por tanto, que el laudo no podía ser reconocido y ejecutado en Francia (2010)¹²⁵.

En Francia, los tribunales no sólo reconocen la facultad del tribunal arbitral para adoptar una calificación jurídica independiente, sino que impone una obligación a los árbitros de aplicar el Derecho de oficio. La sentencia de 25 noviembre 1997 de la Corte de Apelación de París (1997) establece: "los árbitros, que tenían que decidir «de conformidad con el Derecho sustantivo francés» tenían la obligación de investigar, de aplicar la norma de derecho adecuada, la verdadera naturaleza jurídica del acuerdo sobre el que tenían que evaluar las condiciones de ejecución"¹²⁶.

No obstante, la aplicación del art. 16.3 del *Nouveau Code de Procédure Civile* tiene también sus límites. En el caso *Ciech c. Comexport companhia de commercio exterior* (2009), la Corte de casación rechazó anular un laudo en el que el tribunal arbitral había motivado su decisión citando doctrina y jurisprudencia polaca relativa a la interrupción de la prescripción que no había sido alegada por las partes ni sometida a su discusión. La Corte consideró que la cuestión de la interrupción de la prescripción en Derecho polaco había sido debidamente invocada por una de las partes y que, por tanto, se trata de una cuestión jurídica que había sido objeto de debate contradictorio. Las referencias empleadas por el tribunal arbitral en la motivación del

¹²⁴ Sentencia de la Corte de Apelación de París de 19 junio 2008 (*Malicorp Limited c. République arabe d'Égypte*).

¹²⁵ Sentencia de la Corte de casación de 23 junio 2010 (*Malicorp Limited c. République arabe d'Égypte*).

¹²⁶ Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 noviembre 1997 (*Société VRV c. Pharmacin*): "les arbitres qui devaient statuer «conformément aux règles de droit substantiel français» avaient l'obligation de rechercher, pour lui appliquer la règle de droit adéquate, la véritable nature juridique de la convention dont ils avaient à apprécier les conditions d'exécution".

laudo eran únicamente afirmaciones redundantes sobre la verdadera motivación del tribunal¹²⁷.

D) Inglaterra

Como hemos visto, el art. 34 de la *Arbitration Act 1996* establece que el tribunal arbitral, a falta de acuerdo de las partes, decidirá sobre las cuestiones relativas al procedimiento y a la prueba, entre las que se incluye la facultad del tribunal para decidir si debe por sí mismo tomar la iniciativa en la determinación de los hechos y el Derecho¹²⁸. El Reglamento de Arbitraje de la LCIA recoge una norma similar¹²⁹.

Aunque el *Arbitration Act* no recoge una norma expresa que obligue a los árbitros a compartir con las partes su punto de vista jurídico, los tribunales ingleses consideran que la omisión de ese trámite puede acarrear la anulación del laudo, en la medida en que el tribunal arbitral debe conceder a las partes una oportunidad razonable de presentar su caso¹³⁰. En el caso *Pacol Ltd c. Joint Stock Company Rossakhar* (1999)¹³¹, el juez Colman anuló un laudo en el que el tribunal arbitral sostuvo que el demandado no era responsable, aunque el demandado había reconocido esa responsabilidad. El tribunal no había proporcionado ninguna indicación sobre que se estaba planteando la posibi-

¹²⁷ Sentencia de la Corte de casación de 6 mayo 2009 (*Malicorp Limited c. République arabe d’Egypte*): “Ayant relevé que la déclaration sur la jurisprudence et la doctrine d’un droit étranger en matière de prescription, dont s’empare une partie pour dénoncer la violation du contradictoire, n’est qu’une constatation surabondante à la motivation de la décision de l’arbitre sur la question de l’interruption du délai de prescription, décision qui repose entièrement et uniquement sur des éléments dont aucun n’a échappé à la discussion des parties, lesquelles ont précisément plaidé sur l’interruption de la prescription dans le droit étranger”.

¹²⁸ Vid. supra nota 12.

¹²⁹ De acuerdo con el art. 22 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA: “(1) Unless the parties at any time agree otherwise in writing, the Arbitral Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views: [...] (c) to conduct such enquiries as may appear to the Arbitral Tribunal to be necessary or expedient, including whether and to what extent the Arbitral Tribunal should itself take the initiative in identifying the issues and ascertaining the relevant facts and the law(s) or rules of law applicable to the arbitration, the merits of the parties’ dispute and the Arbitration Agreement”.

¹³⁰ Este deber de los árbitros se recoge en el art. 33(1)(a) de la *Arbitration Act* de 1996 en los siguientes términos: “The tribunal shall— (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, [...]”.

¹³¹ Sentencia de *Commercial Court* de 15 octubre 1999 (*Pacol Ltd c. Joint Stock Company Rossakhar*).

lidad de establecer que no existía responsabilidad, de modo que las partes no tuvieron la oportunidad de presentar sus alegaciones acerca de esa cuestión. El caso *Cameroon Airlines c. Transnet Ltd* (2004)¹³² ilustra a la perfección la visión que acerca de la cuestión tienen los tribunales ingleses: el juez Langley consideró que conceder a las partes la posibilidad alegar sobre cuestiones planteadas por el tribunal no era sólo una “*obvia cuestión de prudencia*”, sino también una “*obligación*” de los árbitros.

Los jueces ingleses consideran que el tribunal no tiene que plantear a las partes todos y cada uno de sus razonamientos jurídicos, pero sí debe conceder a las partes la oportunidad de presentar sus alegaciones en relación con todos los “*pilares fundamentales*” (“*essential building blocks*”) de las conclusiones del tribunal arbitral sobre las que se basará el laudo¹³³. En el caso *OAO Northern Shipping Company c. Remolcadores De Marín SL* (2007)¹³⁴, el tribunal estimó la acción de anulación contra el laudo porque los árbitros no habían concedido a las partes una oportunidad razonable para alegar sobre los pilares fundamentales de las conclusiones del tribunal arbitral y, de este modo, incumplieron su deber de otorgar a las partes una oportunidad razonable de presentar su caso. En el procedimiento arbitral, el comprador–demandante solicitó una indemnización por daños y perjuicios contra el vendedor–demandado en relación con una declaración errónea sobre el índice de potencia del remolcador, que de acuerdo con el demandante le había inducido a comprar el remolcador. El tribunal arbitral desestimó la demanda sobre la base de que el demandado no había realizado ninguna declaración al comprador acerca del índice de potencia del remolcador. El demandante solicitó la anula-

¹³² Sentencia del *Commercial Court* de 29 julio 2004 (*Cameroon Airlines c. Transnet Ltd*): “*In truth, we are simply talking about fairness. It is not fair to decide a case against a party on an issue which has never been raised in the case without drawing the point to his attention so that he may have an opportunity of dealing with it, either by calling further evidence or by addressing argument on the facts or the law to the tribunal. The essential function of an arbitrator or, indeed, a Judge is to resolve the issues raised by the parties. The pleadings record what those issues are thought to be and, at the conclusion of the evidence, it should be apparent what issues still remain live issues. If an arbitrator considers that the parties or their experts have missed the real point – a dangerous assumption to make, particularly where, as in this case, the parties were represented by very experienced Counsel and solicitors – then it is not only a matter of obvious prudence, but the arbitrator is obliged, in common fairness or, as it is sometimes described, as a matter of natural justice, to put the point to them so that they have an opportunity of dealing with it*”.

¹³³ R. Bamforth y K. Maidment, *op. cit. supra* nota 18, p. 485.

¹³⁴ Sentencia del *Commercial Court* de 26 julio 2007 (*OAO Northern Shipping Company v Remolcadores De Marín SL*).

ción del laudo porque el tribunal arbitral no había recibido ninguna indicación acerca de que la emisión de la declaración fuese una cuestión controvertida. El demandante había alegado que la declaración se había hecho a través de un certificado emitido por una sociedad de clasificación. Aunque el demandado contestó a la demanda sobre otros fundamentos, no había negado la emisión de la declaración a través del certificado. El tribunal, sin embargo, sostuvo que la entrega del certificado por el demandado al demandante constituyó una declaración acerca de la autenticidad del certificado pero no acerca de la corrección del certificado sobre la potencia. La anulación del laudo se basó en que, al no indicar a las partes que estaba considerando la posibilidad de que la declaración no se había realizado, el tribunal no concedió a las partes la oportunidad de referirse al pilar fundamental de la conclusión del tribunal.

A diferencia de lo que ocurre en Francia, los tribunales ingleses consideran que, como punto de partida, corresponde al demandante asegurarse de alegar y probar tanto los hechos como los fundamentos jurídicos en los que se apoya su pretensión y la aplicación de oficio del Derecho no se concibe como una obligación del árbitro. En el caso *F Ltd v M Ltd* (2009)¹³⁵, los litigantes eran parte de un acuerdo consorcial para el abastecimiento de una planta de desulfuración de gases de combustión. En un arbitraje sometido al Reglamento de Arbitraje de la CCI, el demandante solicitó una indemnización por una pérdida causada por los retrasos del demandado. El demandante fundó su reclamación exclusivamente sobre la base de la cláusula 27.3 del acuerdo consorcial. Aunque el tribunal arbitral determinó que el demandado era responsable por los retrasos, consideró que la cláusula 27.3 no cubría ese tipo de pérdida, de modo que la indemnización fue significativamente reducida. El demandante solicitó la anulación del laudo en la medida en que el tribunal no había indicado a las partes que estaba considerando que la cláusula 27.3 no cubría la pérdida alegada por el demandante. El juzgado desestimó la demanda al considerar que correspondía al demandante presentar argumentos alternativos para sostener su pretensión, en lugar de fundamentarla exclusivamente en la cláusula 27.3¹³⁶. La obligación del tribunal de conceder a las partes una oportunidad razonable para presentar sus alega-

¹³⁵ Sentencia del *Commercial Court* de 11 febrero 2009 (*F Ltd v M Ltd*).

¹³⁶ En cualquier caso, el juez expresó indirectamente su desacuerdo con la conducta del tribunal arbitral, indicando que hubiera sido deseable que el tribunal hubiera comunicado a las partes que estaba considerando la posibilidad de que la cláusula 27.3 no cubriera esos tipo de pérdidas.

ciones no puede transformarse en un plan alternativo para el demandante que no logra acreditar todos los elementos de su pretensión¹³⁷.

E) Suiza

Ante el silencio de la *Loi fédérale sur le droit international privé*, el Tribunal Federal suizo ha trasladado al arbitraje la máxima *iura novit curia*, aplicable por el juez estatal. De esta forma, el árbitro debe buscar y aplicar el Derecho de oficio, sin encontrarse vinculado por las alegaciones de las partes¹³⁸. No obstante, como se verá a continuación, la jurisprudencia suiza ha establecido límites a la aplicación de la máxima por parte del tribunal arbitral.

La cuestión de la aplicación en el arbitraje del principio *iura novit curia* se suscitó en el caso *Urquijo Goitia c. da Silva Muñiz* (2009) ante el Tribunal Federal¹³⁹. Un jugador de fútbol brasileño residente en Portugal y un agente español suscribieron un acuerdo reconociendo al agente el derecho exclusivo a encontrar un nuevo club para el jugador. El jugador encontró un nuevo club sin la asistencia de su agente. El agente reclamó su comisión pero tanto la FIFA como el TAS desestimaron su pretensión. Aunque el TAS confirmó que el agente no había mostrado actividad alguna, el agente argumentó que en caso de exclusividad, el Derecho suizo no requiere una relación de causalidad entre la actividad del agente y el fichaje del jugador. Sin embargo, el TAS basó su decisión en una ley federal suiza, no invocada por ninguna de las partes, que establece la nulidad de este tipo de cláusulas de exclusividad. Esa ley no era aplicable, en la medida en que únicamente se refiere a los agentes que residen en suiza. Pero esa no es la cuestión. El Tribunal Federal anuló el laudo porque el agente no pudo anticipar que el TAS emplearía como argumento un artículo de una ley no aplicable al caso, especialmente porque ninguna de las partes se había referido a la ley en cuestión durante el procedimiento arbitral. El tribunal arbitral, como mínimo, tenía que haber llamado

¹³⁷ "Whilst the emphasis in arbitration and litigation will always be on those particular matters on which the defendant has raised a positive case, a claimant always has the burden of ensuring that the A to Z of its pleaded case –liability, causation and recovering– is both workable and properly explained to the tribunal. That responsibility cannot be shrugged off to the defendant or the tribunal itself".

¹³⁸ G. Kaufmann-Kohler, "«Iura Novit Arbitrator» – Est-ce bien raisonnable? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international", en *De Lege Ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Slatkine 2004, p. 73.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Federal de 5 febrero 2009, caso 4A_400/2008 (*Urquijo Goitia c. da Silva Muñiz*).

la atención de las partes sobre su intención de aplicar esa norma. Y, en la medida en que no lo hizo, el TAS infringió el principio de audiencia¹⁴⁰.

El mismo punto se volvió a tratar en el caso *X. SA c. Y. SA* (2010)¹⁴¹. La empresa belga X y la empresa española Y suscribieron un contrato en 2001, por el que Y se comprometió a promover la firma de un contrato para la construcción de unas instalaciones de gas licuado entre X y un tercero. El contrato de construcción se suscribió en 2003 pero el acuerdo entre X y Y había sido sustituido por otro firmado por un filial de X y una empresa holandesa. Y inició un arbitraje contra X en reclamación de la comisión derivada del primer acuerdo. El árbitro único estimó la demanda de Y, considerando que el acuerdo suscrito en 2001 continuaba en vigor y que el contrato de 2003 fue una simulación. El laudo se basó en el Derecho suizo relativo a los contratos simulados. X ejerció una acción de anulación sobre la base de que esas normas no habían sido alegadas ni discutidas por las partes en el procedimiento arbitral. El Tribunal Federal desestimó la acción anulatoria. Consideró que el principio de audiencia se refiere en particular al derecho a alegar los hechos del caso. En relación con las cuestiones jurídicas debe prevalecer el principio *iura novit curia* y el tribunal arbitral debe conceder a las partes la oportunidad de alegar sobre esas cuestiones únicamente en circunstancias excepcionales, es decir, cuando el fundamento jurídico sobre el que el tribunal pretende basar su decisión no haya sido invocado por las partes y éstas no podían prever su aplicación. En este caso, la Corte Federal consideró que las partes podían haber previsto que el árbitro podría basar el laudo en los conceptos jurídicos en que finalmente lo hizo, en concreto, porque el abogado de X se refirió en sus alegaciones a conceptos similares a los empleados en el laudo.

En suma, la aplicación del principio *iura novit curia* en el Derecho suizo implica que, como norma general, la caracterización jurídica de los hechos no ha de ser necesariamente alegada por las partes y los árbitros no tienen la obligación de consultar a las partes en relación con esa caracterización. Sin embargo, ese poder del tribunal arbitral no es ilimitado. Aunque los árbitros no estén constreñidos por los argumentos jurídicos que hayan sido alegados y puedan basar su decisión en otras normas sin necesidad de trasladar a las partes esas

¹⁴⁰ L. Lévy, "Jura Novit Curia? The Arbitrator's Discretion in the Application of the Governing Law", *Kluwer Arbitration Blog*, 20 marzo 2009.

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Federal de 3 agosto 2010, caso 4A_254/2010 (*X. SA c. Y. SA*).

normas, el tribunal arbitral no puede sorprender a las partes basando su decisión en normas jurídicas que no hayan sido invocados y que las partes no pudieron prever de forma razonable. Aunque el concepto de lo que constituye una sorpresa se interpreta de forma restrictiva para evitar que se convierta en un pretexto para que los juzgados suizos emprendan una revisión sobre el fondo de los laudos arbitrales¹⁴², es lo cierto que existe una gran discrecionalidad del juez para apreciar el elemento de sorpresa para las partes¹⁴³.

3. *Jura novit curia* y principio de contradicción en el arbitraje en España

De acuerdo con todo lo anterior, no hay ninguna duda de que conceder a las partes la oportunidad de alegar sobre las nuevas cuestiones de Derecho planteadas por el tribunal arbitral es, al menos, la forma de proceder más prudente para los árbitros¹⁴⁴. El Informe Final de la Conferencia de Río de Janeiro confirma esta postura e incluso considera que el tribunal arbitral debe conceder a las partes una oportunidad razonable de ser oídos acerca de las cuestiones jurídicas que puedan ser relevantes para la decisión del caso¹⁴⁵.

¹⁴² J. Knoll, "Commentary on Chapter 12 PILS, Article 182 [Procedure: principle]", en M. Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International 2013, pp. 110 y 111.

¹⁴³ A.P. Mantakou, "The Misadventures of the Principle *Jura Novit Curia* in International Arbitration – A Practitioner's Approach", *Hellenic Institute of International and Foreign Law*, 2014, disponible en www.hiifl.gr, p. 497.

¹⁴⁴ A. Dimolitsa, *loc. cit. supra* nota 24, pp. 426 a 440: "There is no doubt that raising with the parties all new issues of law that may have an impact on the disposition of the case, and giving them the opportunity to comment on these issues, is the most prudent course of action for arbitrators". En el mismo sentido, C.P. Alberti, *loc. cit. supra* nota 33, p. 18: "It should not come as a surprise that most authors recommend that a prudent tribunal should always confer with the parties about new issues of law before rendering its award. After all, the right to be heard is one of the pillars of due process, which also applies to arbitration".

¹⁴⁵ Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la ILA, Informe Final de la Conferencia de Río de Janeiro (*vid. supra* notas 10 y 11), recomendación 8^a ("*Before reaching their conclusions and rendering a decision or an award, arbitrators should give parties a reasonable opportunity to be heard on legal issues that may be relevant to the disposition of the case. They should not give decisions that might reasonably be expected to surprise the parties, or any of them, or that are based on legal issues not raised by or with the parties*") y recomendación 10^a ("*If arbitrators intend to rely on sources not invoked by the parties, they should bring those sources to the attention of the parties and invite their comments, at least if those sources go meaningfully beyond the sources the parties have already invoked and might significantly affect the outcome of the case. Arbitrators may rely on such additional sources without further notice to the parties if*").

Cuestión distinta es si la ausencia de ese trámite puede ser considerada una infracción del principio de contradicción con entidad suficiente para anular el laudo arbitral en España.

La jurisprudencia española no considera que el principio de contradicción exija a los árbitros conceder a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos aspectos jurídicos introducidos de oficio. Es ilustrativa al respecto la reciente Sentencia del TSJ de Cataluña de 29 abril 2013¹⁴⁶, en la que el tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en la medida en que la demandante denunció una infracción de los principios de audiencia y de contradicción derivada del hecho de no habersele ofrecido en su momento por el árbitro la posibilidad de formular alegaciones sobre la validez de los contratos litigiosos. El TSJ, después de desestimar un motivo de anulación basado en la falta de congruencia, considera que *"las anteriores alegaciones traen todas ellas causa de la pretendida incongruencia extra petita del laudo, como se encarga de advertir la propia demandante que funda su denuncia en este punto en el hecho de haberse fundado el Árbitro para dictar el Laudo 'en cuestiones completamente ajenas al debate configurado por las partes sin haberlas alertado antes en ningún momento'"* y por ello estima que *"para rechazar este motivo (...) de nulidad bastaría con remitirnos a las consideraciones efectuadas sobre la congruencia del laudo, puesto que la misma conlleva la carencia de fundamento de los motivos de nulidad que aquí se invocan"*. Esta sentencia incurre, a nuestro juicio, en una confusión de planos entre los principios de congruencia y de contradicción, pues el hecho de que el laudo sea congruente no impide que se produzca una infracción del principio de contradicción¹⁴⁷. La resolución muestra la generalizada perspectiva de nuestros tribunales según la cual el único límite del principio *iura novit curia* se encontraría en la congruencia del laudo y no el principio contradictorio.

Los tribunales españoles consideran que los principios de audiencia y contradicción no resultan infringidos en caso de que los árbitros decidan conforme a su tesis jurídica sin ponerla en conocimiento de las partes antes de resolver. Esta respuesta jurisprudencial responde a una asimilación de los esquemas de la LEC –absolutamente censurables en este punto, como hemos analizado–, al procedimiento arbi-

those sources merely corroborate or reinforce other sources already addressed by the parties").

¹⁴⁶ STSJ Cataluña 29 abril 2013, STSJ CAT 5324/2013 (*Unió Esportiva Lleida, S.A.D. c. Naldon Obi, S.L.*).

¹⁴⁷ *Vid. supra* nota 5.

tral. Sin embargo, el hecho de que nuestra LEC no recoja un trámite específico para que el juez plantee a las partes una nueva cuestión jurídica, no significa que la misma solución sea válida para el arbitraje. No sólo porque las normas de procedimiento aplicables en la jurisdicción no pueden ser trasladadas al procedimiento arbitral, sino también porque el respeto de los principios de igualdad, audiencia y contradicción requieren una mayor atención en el procedimiento arbitral que en el proceso judicial

De hecho, la posición de los tribunales españoles en relación con esta cuestión podría entrar en conflicto con la jurisprudencia de los tribunales europeos en relación con el art. 6 CEDH, regulador del derecho a un proceso equitativo.

Un recorrido por las resoluciones que han tratado la cuestión del principio contradictorio en relación con la tesis del tribunal debe comenzar por el caso *X & Co Ltd. c. República Federal Alemana* (1968)¹⁴⁸. En este caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que, aunque en ciertos sistemas el principio de audiencia exigía a los tribunales invitar a las partes a hacer alegaciones en aquellos aspectos jurídicos que el juzgado considerase relevantes, otros sistemas no establecen ese requisito, de modo que no existe una práctica generalizada a ese respecto. Por tanto, la Comisión consideró que la práctica de los tribunales alemanes según la cual las partes no son necesariamente invitadas a hacer esas alegaciones no constituye una infracción ni del art. 5 ni del art. 6 del CEDH.

¹⁴⁸ Solicitude 3147/67, Comisión Europea de Derechos Humanos, 7 febrero 1968 (*X & Co Ltd. c. República Federal Alemana*):

"Whereas the Commission observes that it is a generally recognized principle of law that it is for the court to know the law ("Jura novit curia"); whereas the Commission further observes that the practice in the legal systems of the High Contracting Parties varies in this respect; whereas in certain systems the concept of "fair hearing" is interpreted in the sense that courts are required to invite the parties to make submissions on those points of law which appear to the courts to be significant; whereas, however, other legal systems do not make any such requirement; whereas, consequently, there is no generally accepted practice in this respect within the systems of the High Contracting Parties;

Whereas the Commission finds that, when interpreting the concept of "fair hearing" under Article 6, paragraph (1) (Art. 6-1), of the Convention, allowance must be made as regards the existence of such different legal systems; whereas the Commission finds that the established practice of the German courts whereby the parties are not necessarily invited to make oral submissions on all points of law which may appear significant to the courts does not constitute an infringement of the principle of "fair hearing" within the meaning of this provision;

Whereas the finding does not, of course, affect the imposition under the legal systems of any High Contracting Party of more stringent requirements in this respect".

El TEDH, sin embargo, ha evolucionado en la interpretación del CEDH hacia una postura más garantista que la sostenida por la Comisión en 1968. El TEDH ha considerado reiteradamente que el propio juez debe respetar el principio de contradicción cuando resuelve una controversia con fundamento en una norma examinada de oficio. Son claras al respecto las sentencias de los casos *Skondrianos c. Grecia* de (2003)¹⁴⁹, *Clinique des Acacias y otros c. Francia* (2005)¹⁵⁰ y *Prikyan y Angelova c. Bulgaria* (2006)¹⁵¹. En este último caso, el TEDH indicó:

“El propio juez debe respetar el principio de contradicción, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio”¹⁵².

El TJUE ha acogido también esta interpretación del alcance del principio de contradicción como parte del derecho a un proceso equitativo. En el caso *Comisión Europea c. Irlanda y otros*, el TJUE estableció que los elementos de Derecho examinados de oficio por el juez, sobre los cuales tiene intención de fundamentar su decisión, deben ser puestos en conocimiento de las partes para permitirles formular alegaciones¹⁵³:

“... el principio de contradicción, con carácter general, no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, y no se opone sólo a que el juez comunitario base su decisión en hechos o en documentos de los que las partes, o una de ellas, no han podido tener conocimiento y sobre los cuales no han podido formular observaciones. Implica también, con carácter general, el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales tiene intención de fundamentar su decisión”. Por tanto, de acuerdo con el derecho a un proceso equitativo, “procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos tanto de hecho como de Derecho decisivos para la resolución del procedimiento”. En conclusión, “el juez comunitario no puede fundamentar su decisión en un motivo examinado de oficio, aunque sea de orden público y basado, como en el caso de autos, en la falta de motivación de la Decisión controvertida, sin haber instado previamente a las partes a formular sus observaciones sobre dicho motivo”.

¹⁴⁹ STEDH 18 diciembre 2003, solicitudes 63000/00, 74291/01 y 74292/01 (*Skondrianos c. Grecia*), §§ 29 y 30.

¹⁵⁰ STEDH 13 octubre 2005, solicitudes 65399/01, 65405/01 y 65407/01 (*Clinique des Acacias y otros c. Francia*), § 38.

¹⁵¹ STEDH 16 febrero 2006, solicitud 44624/98 (*Prikyan y Angelova c. Bulgaria*), § 42.

¹⁵² “Le juge doit lui-même respecter le principe du contradictoire, notamment lorsqu’il tranche un litige sur la base d’un motif retenu d’office”.

¹⁵³ STJUE (Gran Sala) 2 diciembre 2009, as. C-89/08 P: *Comisión Europea c. Irlanda y otros*.

Por tanto, aunque actualmente los tribunales españoles no consideren una exigencia del principio de contradicción que el árbitro deba conceder audiencia a las partes cuando resuelve un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio, no puede descartarse que esta situación cambie en vista de la jurisprudencia de la CEDH y del TJUE.

Adicionalmente, como hemos adelantado en el apartado O, están en juego la imparcialidad arbitral y el principio de igualdad. El planteamiento de la tesis favorecerá a uno de los contendientes, lo que debe ser compensado mediante la concesión a las partes de una oportunidad razonable de presentar las alegaciones que estimen oportunas¹⁵⁴.

Por último, trataremos de esbozar algunas indicaciones sobre cómo debería actuar el tribunal arbitral si decide someter una cuestión jurídica introducida de oficio a la consideración de la partes. Si el árbitro toma esta decisión, es preferible que lo haga lo antes posible. Ello contribuiría a que la iniciativa del tribunal arbitral en el planteamiento de cuestiones jurídicas no suponga tiempo y costes adicionales¹⁵⁵. En caso de que no fuera posible hacerlo en las fases iniciales del procedimiento arbitral y tuviera que hacerse en la vista principal, debe concederse a las partes una oportunidad suficiente para reaccionar, lo que incluso podría requerir de un aplazamiento de la vista o de la posibilidad de presentar alegaciones después posteriormente¹⁵⁶. Puede ocurrir incluso que la nueva cuestión jurídica se plantee una vez cerradas las audiencias, durante las deliberaciones o incluso la redacción del laudo. En tal caso, el tribunal arbitral tendría que conceder a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre esa cuestión, lo que supondría reabrir las actuaciones y prolongar el procedimiento. La flexibilidad arbitral permite la reapertura de las actuaciones y el planteamiento de nuevas cuestiones jurídicas a las partes¹⁵⁷, aunque no debe perderse de vista el riesgo que ello comporta en términos de tiempo, coste y eficiencia¹⁵⁸. El Informe Final de la Conferencia de Río de Janeiro (2008) llega a la misma conclusión¹⁵⁹.

¹⁵⁴ *Vid. supra* notas 24 y 25.

¹⁵⁵ P. Landolt, *loc. cit. supra* nota 31, p. 202.

¹⁵⁶ J.G. Wetter, *loc. cit. supra* nota 21, p. 97.

¹⁵⁷ *Vid., v.gr.*, el art. 31.2º Regl. Uncitral: "El tribunal arbitral podrá, si lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales, decidir, por iniciativa propia o a petición de una parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento previo a la emisión del laudo".

¹⁵⁸ A.P. Mantakou, *loc. cit. supra* nota 143, pp. 495 y 496. La autora critica duramente esta nueva corriente (llega incluso a referirse a las "excentricidades" de la Corte de Apelación de París), aunque reconoce que, en vista de las recientes resoluciones de los tribunales franceses, "[t]he suggestion that the best solution is the invitation to the parties to

IV. Conclusiones

La presencia del principio *iura novit curia* en el arbitraje plantea un complejo equilibrio entre las facultades de dirección procedimental del árbitro, el deber de imparcialidad y los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

La posibilidad de que el tribunal arbitral intervenga en la determinación de las normas jurídicas aplicables al caso se encuentra incluida en las facultades de dirección procedimental que el art. 25 LA reconoce a los árbitros. No obstante, el árbitro debe extremar la vigilancia en el ejercicio de esta facultad, pues puede ser considerada contraria al deber de imparcialidad que le impone el art. 17 LA. En concreto, el principio de igualdad —en íntima relación con los principios de audiencia y contradicción— reclama del árbitro que conceda a todas las partes la oportunidad de pronunciarse sobre las cuestiones que excepcionalmente decida introducir en el debate. De acuerdo con lo anterior, consideramos que el principio *iura novit curia* es aplicable al arbitraje de forma atenuada, como una mera facultad de los árbitros, que debe ser empleada de modo excepcional.

El arbitraje comercial internacional presenta dificultades específicas en relación con esta cuestión debido a las posibles diferencias en las culturas jurídicas de los intervinientes y a que los miembros del tribunal arbitral pueden desconocer el Derecho sustantivo que deben aplicar. Ante estas dificultades, las recomendaciones del Informe Final de la Conferencia de Río de Janeiro constituyen una guía útil en el arbitraje internacional. De acuerdo con el Informe, con carácter general, los árbitros no deben introducir cuestiones de Derecho que las partes no hayan alegado, a no ser que se trate de normas de orden público. Sin embargo, el tribunal arbitral no se encuentra vinculado por la fundamentación jurídica de las partes y puede examinar fuentes jurídicas no invocadas y confiar en su propio conocimiento del

submit their comments on every single legal aspect that the arbitral tribunal has in mind to apply, is at the safe side for the arbitrators and the validity of the award" (p. 495).

¹⁵⁹ Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la ILA, Informe Final de la Conferencia de Río de Janeiro (*vid. supra* notas 10 y 11), recomendación 11^a (*"If in the course of deliberations arbitrators consider that further information about the contents of applicable law is necessary to the disposition of the case, they should consider reopening the proceedings to enable the parties to make further submissions on the open legal issues, but only to the extent necessary to address the open legal issues and taking into account considerations of relevance, time and cost"*).

Derecho aplicable, siempre que esas fuentes se encuentren relacionadas con las cuestiones suscitadas por las partes¹⁶⁰.

En todo caso, indica el Informe que el tribunal arbitral debe conceder a las partes una oportunidad razonable de ser oídas acerca de las cuestiones jurídicas que puedan ser relevantes para la decisión del caso. La experiencia comparada muestra que los principios de audiencia y contradicción aconsejan que se conceda a las partes la oportunidad de alegar lo que estimen conveniente. La jurisprudencia del TEDH y del TJUE sugiere que incluso existen argumentos para afirmar que la eventual omisión de ese trámite podría suponer una infracción del principio de contradicción con entidad suficiente para anular un laudo. En cualquier caso, de acuerdo con el estado actual de la cuestión en la jurisprudencia española, la aplicación de un precepto legal o doctrina jurisprudencial no alegada ni comentada por las partes difícilmente puede dar lugar a la anulación del laudo por infracción de los principios de audiencia y contradicción. No obstante, los árbitros han de tener en cuenta que si alguna de las partes trata de obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo en otra jurisdicción, su actuación en este punto puede verse sometida al escrutinio de los juzgados y tribunales extranjeros que, como hemos visto, interpretan de forma bien distinta el significado y alcance de los principios de audiencia y contradicción en el arbitraje.

Bibliografía

- ALBANÉS MEMBRILLO, A.: "Arbitraje y Derecho de Defensa", *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010.
- ALBERTI, Ch.P.: "Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?", en VV.AA., *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kluwer Law International, 2011.
- BAMFORTH, R. y MAIDMENT, K.a: "Reasonable Opportunity to Present One's Case – Recent English Case Law", *ASA Bulletin*, vol. 28, 2010.
- BÖCKSTIEGEL, K.–H. y KRÖLL, S.M.: *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International, 2007.
- BORN, G.B.: *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2014.

¹⁶⁰ En el arbitraje de inversiones, en cambio, el principio *iura novit curia* está presente con un mayor grado de intensidad y, debido a la naturaleza de los intereses en juego, se considera que el tribunal arbitral no tiene sólo la facultad sino también la obligación del aplicar el Derecho internacional público.

- BROOKER, D.: "Va Savoir! The Adage 'Jura Novit Curia' in Contemporary France", *Legal Series*, The Berkeley Electronic Press, Working Paper No. 845, 2005.
- BUCKLO, E.: "The Temptation Not to Disclose Adverse Authority", *The Journal of the Section of Litigation*, American Bar Association, vol. 40, 2014.
- CADARSO PALAU, J.: "Art. 41", en VV.AA.: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Thomson/Aranzadi, 2004.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", *Anales de Derecho*, n° 17, Universidad de Murcia, 1999.
- CARDOZO, B.: *Law is Justice: Notable Opinions of Mr. Justice Cardozo*, The Law-book Exchange, 1999.
- CARLEVARIS, A.: "L'arbitre international entre Charybde et Scylla: le principe de jura novit curia entre principe de la contradiction et impartialité de l'arbitre", *The Paris Journal of International Arbitration*, 2010.
- CHAINAIS, C.: "L'arbitre, le droit et la contradiction: l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre", *Rev. arb.*, 2010.
- DIMOLITSA, A.: "The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law", *ASA Bulletin*, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International, vol. 27, 2009.
- DOMINGO, R. (dir.): *Principios de Derecho global: Aforismos jurídicos comentados*, Aranzadi, 2003.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: "El sometimiento del juez a la ley: "iura novit curia" y aplicación judicial del derecho", en *Curso de filosofía del derecho valores y principios constitucionales en la jurisdicción*, Universidad del País Vasco, 2002.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Estudios sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil y su práctica inicial*, Universitat Jaume I, 2004.
- FREEDMAN, M. H.: "Arguing the Law in an Adversary System", *Georgia L. Rev.*, 16, 1982.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: "Nota a STS 17 diciembre 1991", *Revista Española de Derecho Internacional*, vo. XLIV, 1992.
- GARNICA MARTÍN, J.F.: "El principio *iura novit curia* y la determinación del objeto del proceso en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1999-1.
- GIOVANNINI, T.: "International Arbitration and Jura Novit Curia – Towards Harmonization", *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid, La Ley, 2010.
- HAZARD, G.C.: "Arguing the Law: The Advocate Duty and Opportunity", *Georgia L. Rev.*, 16, 1982.
- HERNÁNDEZ–GIL, A.: "El arbitraje, hacia un nuevo paradigma jurídico", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 1, 2008..
- ISELE, Th.: "The Principle *iura novit curia* in International Arbitration", *Int'l Arb'n L. Rev.*, vol. 13, 2010.
- KAUFMANN–KÖHLER, G.: "«*iura novit arbiter*» – Est–ce bien raisonnable? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international", en *De Lege Ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Slatkine, 2004.
- KAUFMANN–KÖHLER, G.: "The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions", *Arb. Int'l*, vol. 21, 2005.

- KNOLL, J.: "Commentary on Chapter 12 PILS, Article 182 [Procedure: principle]", en Arroyo, Manuel (ed.): *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013.
- LANDOLT, Ph.: "Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence", *Arbitration International*, vol. 28, 2012.
- LEVY, L.: "Jura Novit Curia? The Arbitrator's Discretion in the Application of the Governing Law", *Kluwer Arbitration Blog*, 20 marzo 2009.
- LEW, J.D.M.: "Iura novit curia and Due Process", en L. Lévy, *Liber Amicorum Serge Lazareff*, París, Pedone 2011.
- LEW, J.D.M., MISTELIS, L.A. y KROLL, S.: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- MANN, F.A.: "Fusion of the Legal Profession?", *Law Quarterly Review*, 93, 1977.
- MANTAKOU, A.P.: "The Misadventures of the Principle Jura Novit Curia in International Arbitration – A Practitioner's Approach", *Hellenic Institute of International and Foreign Law*, 2014, disponible en www.hiifl.gr.
- MAYER, P.: "La liberté de l'arbitre", *Rev. arb.*, 2013.
- MONTERO AROCA, J.: "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad", en *Derecho PUC*, nº 53, 2000.
- ORMAZÁBAL, G.: *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Marcial Pons, 2007.
- ORTELLS RAMOS, M.: "Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil", *Revista Ius et Praxis*, Año 16, nº 1, 2010.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.: *Trabajo y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964.
- RAMOS MUÑOZ, David: "Los árbitros y el poder para dictar condenas no pecuniarias", *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 1, 2008.
- RISSE, J.: *Commentary on the Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules)*, en VV.AA, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Kluwer Law International, 2007.
- STIPANOWICH, Th.J. y ULRICH, Z.P.: "Arbitration in Evolution: Current Practices and Perspectives of Experienced Commercial Arbitrators", *Legal Studies Research Paper Series* 2014, Paper Number 2014/30. Taruffo, Michele: *Il processo civile avversario nell'esperienza americana*, CEDAM, 1979.
- VÁZQUEZ SOTELO, J.L.: "Los principios del Proceso Civil", en VV.AA., *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Vol. 1, Ediciones Universidad de Salamanca, 2000.
- VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas 2007.
- VON WOBESER, C.: "The Effective Use of Legal Sources: How Much Is Too Much and What Is the Role for Iura Novit Curia?", en van den Berg, Albert Jan (ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, 2010 Río Volume 15, Kluwer Law International, 2011.
- WAINCYMER, J.: "IBA Guidelines On Party Representation In International Arbitration", *Kluwer Arbitration Blog*, 10 julio 2013.
- WAINCYMER, J.: "International Arbitration and the Duty to Know the Law", *Journal of International Arbitration*, vol. 28, 2011.
- WAINCYMER, J.: "Regulatory Developments in the Control of Counsel in International Arbitration – The IBA Guidelines on Party Representation", en *Interna-*

tional Arbitration and the New LCIA Rules and Annex, Arbitration International 2014, vol. 30.

WETTER, J.G.: "Procedures for Avoiding Unexpected Legal Issues", en van den Berg, Albert Jan (ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series, 1994 Vienna Volume 7, Kluwer Law International, 1996.